

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

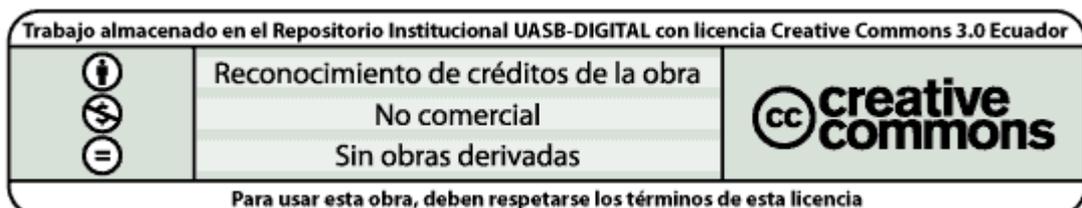
**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La prejudicialidad en la instauración del sumario  
administrativo en el delito de peculado**

Mónica Elizabeth Amaquiña Masabanda

**2014**



Yo, Mónica Elizabeth Amaquiña Masabanda, autora de la tesis intitulada “La Prejudicialidad en la Instauración del Sumario Administrativo en el delito de Peculado”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 1 de abril de 2015

Firma:.....

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR**

**AREA: DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL**

**LA PREJUDICIALIDAD EN LA INSTAURACIÓN**

**DEL SUMARIO ADMINISTRATIVO**

**EN EL DELITO DE PECULADO**

**AUTORA: MÓNICA ELIZABETH AMAQUIÑA MASABANDA**

**TUTOR: DR. ERNESTO ALBÁN GÓMEZ**

**QUITO, 2014**

## RESUMEN

Las acciones u omisiones de los servidores públicos, en el ejercicio de sus actividades dispuestas en la Constitución y la Ley, producen consecuencias jurídicas tanto en la función jurisdiccional, como en el desarrollo administrativo del Estado.

Uno de esos ejemplos, se presenta cuando el dependiente de la Administración Pública incurre en el delito de peculado, este ilícito debe ser perseguido y provoca el surgimiento de responsabilidad penal, pero además genera responsabilidad administrativa, que accesoriamente, por una disposición constante en la Ley Orgánica del Servicio Público, que dispone la existencia de la primera, antes de resolver la segunda, generan la figura jurídica de la prejudicialidad.

Nuestro estudio entonces, en el primer capítulo, se enfoca a determinar la definición de la prejudicialidad, problema jurídico del cual se derivan otras aristas, como la teoría de división de funciones y la cosa juzgada. Asimismo, veremos si mediante el recurso extraordinario de casación se la ha tratado en el Ecuador, si existen sentencias respecto al tema, para finalmente complementar con el análisis teórico jurídico que nos evidencia las corrientes existentes y la clasificación de la misma.

En el segundo capítulo, ya más concretamente, veremos cómo afecta la prejudicialidad al sumario administrativo en el delito de peculado y las garantías del debido proceso perjudicadas por el mismo procedimiento, estableciendo a través de la jurisprudencia y de la legislación comparada, temas propios del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, al generarse responsabilidades penal y administrativa en el delito de peculado, producto de la prejudicialidad enunciada, consideramos necesario el distinguir al menos someramente que son cada una de ellas y sus diferencias.

*Dedicatoria:*

*A Dios por el amor y la fe que me unen a él; y a mis tres amores, amigos incondicionales que han caminado conmigo siempre: Marianita Masabanda, Luis Alfredo Amaquiña Chango y Luis Alfredo Amaquiña Masabanda.*

*Agradecimiento:*

*Al Dr. Ernesto Albán Gómez, por su apoyo y guía. A los docentes de la Universidad Andina “Simón Bolívar” por los conocimientos impartidos.*

## TABLA DE CONTENIDOS

Resumen.....	4
Dedicatoria.....	5
Agradecimiento.....	6
<b>TABLA DE CONTENIDOS.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>La Prejudicialidad.....</b>	<b>12</b>
<b>I.1.-Definición.....</b>	<b>13</b>
<b>I.2.-La prejudicialidad en la casación en el Ecuador desde el año 2003.....</b>	<b>18</b>
<b>I.2.1.- Casos de prejudicialidad.....</b>	<b>19</b>
<b>I.2.2.- Sentencias relevantes .....</b>	<b>22</b>
<b>I.3.-Análisis teórico-jurídico de la prejudicialidad.....</b>	<b>28</b>
<b>I.3.1. Prejudicialidad por su naturaleza.....</b>	<b>29</b>
<b>I.3.2. Prejudicialidad por la rama del ordenamiento jurídico .....</b>	<b>29</b>
<b>I.3.3. Prejudicialidad comunitaria.....</b>	<b>31</b>
<b>I.3.4. Prejudicialidad normativa.....</b>	<b>32</b>
<b>I.3.5. Categorías prejudiciales excepcionales.....</b>	<b>33</b>
<b>I.3.6. Sistemas para el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales, cosa juzgada y     la teoría de división de funciones.....</b>	<b>34</b>
<b>CAPÍTULO II.</b>	
<b>Análisis de los elementos del debido proceso en el sumario administrativo tendientes a ser afectados por la prejudicialidad.....</b>	<b>39</b>
<b>II.1.-Derecho a la defensa.....</b>	<b>42</b>

<b>II.2.-Derecho a la presunción de inocencia.....</b>	<b>46</b>
<b>II.3.-Derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa .....</b>	<b>52</b>
<b>II.4.-Derecho a la impugnación de los actos administrativos en sede judicial.....</b>	<b>59</b>
<b>CAPÍTULO III.</b>	
<b>Responsabilidad penal y responsabilidad administrativa en el delito de peculado.....</b>	
<b>III.1.-La responsabilidad administrativa en el proceso administrativo, producto de la declaratoria de culpabilidad en el delito de peculado.....</b>	<b>65</b>
<b>III.1.1. Elementos de la infracción     administrativa.....</b>	<b>67</b>
<b>III.2.-La responsabilidad penal en el proceso judicial que determina la existencia del delito de peculado .....</b>	<b>70</b>
<b>III.3.-Diferencias entre la responsabilidad penal y administrativa en el delito de peculado.....</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>82</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>86</b>

## INTRODUCCIÓN

El derecho procesal, que es un conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento de los individuos que se someten a la función jurisdiccional, tiene como fines, de una parte, regular la potestad del Estado para administrar justicia, y, de otra, garantizar a las personas sus derechos elementales constantes en la Constitución y la Ley. De allí que existan ramas diversas para su aplicación, como ejemplos tenemos, el derecho procesal penal, procesal civil, contencioso administrativo, etc.

Sin embargo, el Estado también tiene una facultad auto reguladora que le permite sancionar en sede administrativa, tanto a los administrados como a sus miembros o integrantes, antes o después de recurrir a la función jurisdiccional, los autores Roberto Dromi y Enrique Rojas Franco, la llaman autotutela, ya que consideran, el primero, que “[...] la Administración debe tener en vista la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados y su armonización con el interés público [...]”<sup>1</sup>; y, el segundo, que, la autoregulación, es la “[...] base determinante de la seguridad, orden y justicia en las relaciones jurídicas entre ciudadano- Estado. Con fundamento en este principio, la actividad del poder público está sometida al ordenamiento jurídico para que sea válida y legítima, lo que significa, a su vez, que este ordenamiento es el límite máximo y la mejor garantía social contra la arbitrariedad.”<sup>2</sup>

En ese marco, cuando se presentan controversias en la ejecución de las funciones de los servidores pertenecientes a las instituciones del Estado, esta conducta puede originar la determinación de responsabilidad penal, civil o administrativa. En lo que a la responsabilidad penal se refiere, el servidor estará sometido a un proceso judicial dispuesto en la ley, hasta concluir con el reconocimiento de su inocencia o culpabilidad;

---

<sup>1</sup>Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 12a Edición, Buenos Aires-Madrid-México, Hispania Libros, 2009, p. 371.

<sup>2</sup>Enrique, Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Ecuador, Editorial EDILEX S.A., 2007, p. 52.

en tanto que, en el régimen disciplinario, se pueden iniciar expedientes sumarios en su contra, los mismos que se constituyen en procesos investigativos para determinar su responsabilidad administrativa.

“En una simplificación necesaria, a los efectos de lo que aquí se pretende, podemos aceptar la división que efectuaba García de Enterría cuando diferenciaba <<aquellas sanciones por las que la Administración tutela su organización y orden internos, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos, y aquellas otras por las que se tutela el orden social general, en un sentido amplio, el orden público...>>”<sup>3</sup>

Ahora bien, producto de estas dos ramas del derecho, en nuestra legislación se ha identificado un problema jurídico de carácter procesal que las relaciona directamente, esto es, la prejudicialidad, debido a que antes del inicio de un sumario administrativo, en el delito de peculado, se debe obtener sentencia ejecutoriada de tipo penal. Este presupuesto sin embargo se torna complejo, en razón de los términos establecidos en la Ley Orgánica del Servicio Público, para iniciar los procedimientos administrativos de sanción, los mismos que caducarían antes de la terminación de la acción penal, tornándose inaplicable el proceso administrativo sancionador para dar por concluida la relación laboral con el servidor público en sede administrativa, posterior a la acción penal.

De allí que el objeto de este trabajo sea el determinar si efectivamente se puede ejecutar acciones administrativas disciplinarias, para establecer responsabilidad administrativa de los servidores públicos con la existencia de prejudicialidad, si en razón de la prejudicialidad se violan las garantías del debido proceso en el sumario administrativo en el delito de peculado; pero también, uno de los objetivos es definir las diferencias entre la responsabilidad penal y administrativa dentro de los procesos penal y administrativo en el señalado delito; y, finalmente, conocer si ante la prejudicialidad, es aplicable la instauración de un proceso administrativo sancionador, con la posibilidad de

---

<sup>3</sup> Alberto, Palomar Olmeda, *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, Décima Edición, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2013, pp. 592 y 593.

interposición de acciones jurisdiccionales posteriores (contencioso administrativas).

En consecuencia, dentro de este análisis, en principio, es necesario determinar que es prejudicialidad y si la misma está definida en nuestra legislación, además de los problemas jurídico-procesales que de ella se desprenden. También un análisis comparativo de la responsabilidad tanto administrativa como penal que se deriva de la conducta del servidor público en el delito de peculado; la afectación directa hacia los principios del debido proceso en el sumario administrativo y las diferencias que existe entre el derecho procesal penal y sancionador administrativo.

# CAPÍTULO I

## LA PREJUDICIALIDAD

La Administración Pública es una acción del poder, a través de la cual el Estado, dicta, organiza, dirige y controla el cumplimiento de la ley, con el fin de lograr el bienestar general de sus habitantes, por medio de la prestación de diversos servicios.<sup>4</sup>

De una parte, busca el resguardo del orden jurídico y la solución de los desacuerdos provocados entre particulares; y, de otro, a través de sus órganos administrativos persigue satisfacer las necesidades generales, en cumplimiento de las atribuciones que le han sido asignadas, indistintamente, por mandato de la ley. Es decir existe una división de funciones, la jurisdiccional y la administrativa, teoría que ha sido desarrollada a través de la evolución social y jurídica que cree en el Estado Social de Derecho.

El resguardo del orden jurídico, como primer objetivo, se ejecuta a través de la jurisdicción, que es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la misma que de conformidad a la disposición contenida en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, no solo está regida por el principio de autonomía administrativa, económica y financiera, sino que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar actividades de administración de justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando hablamos de la acción administrativa, el Estado también tiene poder de auto regulación de sus actuaciones y por tanto, su régimen sancionatorio ejecutado por las primeras autoridades institucionales, en contra de los servidores públicos<sup>5</sup>, que son el conjunto de seres humanos que se encargan de ejecutar las políticas

---

<sup>4</sup> Véase: Nicolás, Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2006, págs. 96 y 97; y, Hernán, Jaramillo Ordóñez Dr., *Manual de Derecho Administrativo*, Ecuador, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p. 67.

<sup>5</sup> Véase: Artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, de miércoles 6 de octubre del 2010, p. 5: “Serán servidoras o servidores públicos

del Estado, manifestadas a través de normas dictadas por la función Legislativa; los mismos, se constituyen en otro elemento del engranaje del sistema estatal, cuyas actuaciones administrativas y también jurisdiccionales, provocan el apareamiento de las responsabilidades tanto administrativa como penal, que a su vez desenvocan en relaciones procesales que están entrelazadas, así el caso de la prejudicialidad, objeto de este estudio, que pese a hacerse presente en la ejecución del derecho procesal, no ha sido definida con claridad, ni en la doctrina, ni en la legislación actual.

Entonces, son distintas las acciones que se provocan, de un lado, en la parte administrativa, esto es, actos, hechos y contratos administrativos, con el fin de brindar un servicio a la colectividad, bajo los principios contenidos en el artículo 227 de la Constitución de la República, “eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”<sup>6</sup>; y, de otra, aquellas que son producto de la actuación de las autoridades judiciales, esto es todo el sistema procesal.

### **I.1. Definición**

La prejudicialidad, se constituye en un fenómeno complejo dentro de la doctrina jurídica y muchos tratadistas han intentado definirla, este es el caso de Merlín, Hoffman, Aguilera de Paz, Del Giudice, Castori, Legraverend, Hélie, Manzini, entre otros, sin embargo, uno de los escasos puntos comunes de sus exposiciones, es que la prejudicialidad es una acción que debe ser resuelta antes de otra acción o proceso.

Pissard—citado por Oderigo en su obra la Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal— con respecto al antecedente histórico, establece que al transportar los conceptos

---

*todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.*

*Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.”*

<sup>6</sup>Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 de lunes 20 de octubre de 2008, p. 44.

desde la antigua Roma, se estaría trastocando las instituciones como la prejudicialidad, por cuanto:

“ [...] la palabra *proejudicium* ha sido empleada, y recuerda a Quintiliano (Institutio Oratoria, V.2), para quien *proejudicium* es la decisión dada en un asunto análogo, es decir, lo que hoy llamaríamos jurisprudencia, sentido que no se encuentra en el Corpus. [...] El Corpus—sigue diciendo Pissard— emplea las palabras *proejudicare* y *proejudicium* en ese sentido muy elástico; ellas hacen alusión a una decisión cualquiera del juez o del pretor, que tenga importancia para alguien o para algo, que cree un prejuicio. En un sentido más restringido, *proejudicium* significa un fallo que ha sido dado sobre la misma relación jurídica sometida en ese momento a los tribunales, y cita textos de Ulpiano, Gordiano, Diocleciano y Alejandro Severo. Finalmente, la palabra *proejudicium* designa un proceso que tiene por fin resolver una cuestión preliminar sin terminarse por una condena.”<sup>7</sup>

Se puede apreciar entonces, que el concepto histórico de la figura de la Prejudicialidad se ha dificultado y no ha sido posible establecer a esta institución jurídica, características universales, más aún si consideramos que cada legislación crea casos concretos donde son distintas las instituciones jurídicas que permiten la aplicación de la prejudicialidad.

Revisando otros autores, vemos que para “[...] Enrique Jiménez Asenjo, la cuestión prejudicial etimológicamente, en cualquier campo jurídico, es “*aquella que se sitúa o coloca antes de un juicio o proceso dado (de pre iudicio)*”<sup>8</sup>

También se la considera como:

“[...] un fenómeno que se produce ante la presencia de objetos procesales complejos.

En sentido estricto es el fenómeno que se produce cuando para la decisión de fondo sobre un asunto concreto, atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano

---

<sup>7</sup>Mario A., Oderigo, *Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal*, Buenos Aires Argentina, Editorial Ideas, 1945, pp. 12 y 13.

<sup>8</sup>Emilio, Velasco Céleri, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Tomo I, Impreso en Ecuador, Editorial PUDELECO, 1991, p. 163.

jurisdiccional y que constituye el objeto principal del proceso, es necesaria la previa decisión también de fondo sobre otro asunto integrado en aquel (objeto accesorio) que, aisladamente considerado, es susceptible de constituir el objeto de otro proceso distinto.”<sup>9</sup>

De lo dicho, podemos identificar otro elemento, las materias distintas que se ven vinculadas por la Prejudicialidad, respecto a actos que son juzgados en instancias también diferentes.

En el Ecuador, está dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial y en otros cuerpos legales, como el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, las facultades y competencias de los jueces en razón de la materia que cada uno de ellos domina, así lo relacionado con los delitos y penas lo resuelven los jueces penales, los asuntos de carácter patrimonial, los jueces civiles, lo relacionado a los actos administrativos, las salas de lo Contencioso Administrativo; de otra parte, la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General contienen disposiciones respecto al derecho administrativo sancionador, pero en la figura de prejudicialidad estas materias se involucran unas con otras.

Por su parte, Oderigo, sostiene que las cuestiones prejudiciales no son una elemental creación legislativa, sino que tienen *existencia jurídica propia* y que se las puede considerar verdaderas, únicamente si aquellas son resueltas por un juez extraño al que conoce la acción principal.<sup>10</sup>

Además, señala que para llegar a definir a la prejudicialidad, es preciso determinar que son cuestiones prejudiciales y excepciones prejudiciales, las mismas que pueden parecer términos semejantes, no obstante hay que establecer diferencias entre ellas. Las cuestiones, dice, apoyado en los criterios de varios tratadistas, que se trata de

---

<sup>9</sup>Emiliode Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, Tercera Edición, Valencia España, Guada Impresores S.L., 2008, p. 203.

<sup>10</sup>Enciclopedia Jurídica OMEBA, *Prejudicialidad*, PENI-PRES, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979, p. 811.

temas sustantivos referentes a la forma del asunto, es decir si la prejudicialidad solo son situaciones que se tratan dentro de un proceso o son premisas que necesariamente deben ser resueltas en otras instancias; mientras que las excepciones, nos trasladan a un concepto formal o procesal que necesariamente provoca la suspensión de un proceso, para remitirlo hasta otro y de ello dependerá la conclusión del primero.

De lo dicho, el autor Oderigo establece una diferencia, en consecuencia una definición del tema y manifiesta que: “[...] Son cuestiones prejudiciales aquellas que versan sobre una situación de derecho extrapenal, anterior o posterior al hecho de la gente, y cuya solución sea susceptible de condicionar la procedencia o alcance de la represión o la titularidad de la acción penal.”<sup>11</sup> Al respecto, podemos citar como ejemplo en nuestra legislación, a la acción de daños y perjuicios, previo a lo cual, es necesaria una resolución penal de responsabilidad o declaratoria de la denuncia, como maliciosa y temeraria. Son dos instancias distintas pero que se ven vinculadas por la prejudicialidad.

En tanto que denomina a las excepciones prejudiciales, cuando “[...] en virtud del sistema adoptado por la legislación de que se trate, su deducción traiga aparejada la suspensión del proceso penal hasta la decisión de aquellas por el juez de la jurisdicción extra-penal que corresponda de acuerdo a su naturaleza, decisión a la cual deberá atenderse el juez del crimen en su pronunciamiento.”<sup>12</sup>; y, si bien en nuestra legislación no están definidos los casos con claridad, el Código Orgánico Integral Penal ya contempla esta facultad en su artículo 414, que manda: “En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de las cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”<sup>13</sup>; con lo que se puede deducir

---

<sup>11</sup>Mario A., Oderigo, *Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal*, Buenos Aires Argentina, Editorial Ideas, 1945, p. 43; Enciclopedia Jurídica OMEBA, Prejudicialidad, PENI-PRES, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979, p. 810.

<sup>12</sup>Op. cit., Mario A., Oderigo, *Prejudicialidad Civil*, p. 43.

<sup>13</sup>Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014

que de ser necesario se suspenderá la acción penal y se remitirá a otra instancia para su resolución previa.

Finalmente, tenemos a las denominadas cuestiones previas<sup>14</sup>, que mas bien se refieren a incidentes que se resuelven dentro de los procesos, que no se las puede calificar como prejudicialidad y de las mismas que citamos como ejemplos, al informe de la contraloría que establece presunción de responsabilidad penal, como en el delito de peculado o el hecho de levantar la inmunidad parlamentaria; asimismo, en la doctrina se ha establecido como cuestiones previas los temas de jurisdicción y competencia, cosa juzgada, prescripción, etc.. Las cuestiones previas, difieren de las cuestiones prejudiciales porque las primeras no se constituyen en procesos independientes, sino que deben ser resueltas dentro de la misma causa, por un mismo operador de justicia y no en otra instancia procesal.

La complejidad en el establecimiento de una definición, es evidente, sin embargo, con los elementos brindados, nos atrevemos a decir que la prejudicialidad, es un paso previo que se produce, cuando antes de la resolución de una pretensión procesal o en el transcurso de la misma, debe ser resuelto otro proceso, en una instancia distinta, tanto la primera, como la segunda, tiene un carácter autónomo e independiente, en razón de la competencia del juez, la misma que ha sido decretada por autoridad de la ley.

Tampoco se las puede referir como principal y/o secundaria, sino que la una es anterior a la otra, aunque se desarrollen al mismo tiempo, es decir para resolver la segunda, se debe haber resuelto o suspendido la primera; y, deben ser consideradas en razón de la materia, mas no en relación a la presunta importancia de las mismas, ya que no es una circunstancia cuantificable. A las denominadas cuestiones previas no se las puede catalogar como prejudiciales, por ser parte de uno u otro proceso.

---

<sup>14</sup>Véase: “[...] *Es tan solo un incidente al ejercicio de la acción penal, que se ventila y soluciona en el mismo expediente penal, como el levantamiento de la inmunidad parlamentaria o el informe de la Contraloría General del Estado determinando presunciones de responsabilidad penal [...]*” Jorge M., Blum Carcelén, *Prejudicialidad, Falsedad Material en Documento Público*, Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013, p. 39.

## **I.2. La Prejudicialidad en la casación en el Ecuador desde el año 2003.**

La casación, es la “[...] instancia excepcional, [...] que permite recurrir contra el tribunal de apelación u otros especiales (como los amigables compondores), tan sólo en los casos estrictamente previstos en la ley, cuando se haya incurrido en el fallo contra el cual se acude en *casación*, bien en una infracción evidente de la ley o en la omisión de alguna formalidad esencial en el procedimiento.”<sup>15</sup>

En el Ecuador, se encuentra regulada por lo dispuesto en la Ley de Casación, considerándola como un recurso que debe ser conocido por la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia y procede, conforme lo manda el artículo dos de la Ley Ibídem, contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y contencioso administrativo y de las providencias de las mismas cortes y tribunales, en la fase de ejecución de la sentencia en procesos de conocimiento, si resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.<sup>16</sup> Es decir es una “instancia” excepcional a donde recurrir cuando exista la presunción del cometimiento de una infracción legal, procesal o de jurisprudencia.

Con este breve antecedente, consideramos importante recurrir a revisar si en esta instancia extraordinaria del proceso judicial, las cortes se han pronunciado respecto a la prejudicialidad en general, si se la definido en la jurisprudencia y sobre la base de esta información, determinar si se puede ejecutar acciones administrativas disciplinarias, para establecer responsabilidad administrativa de los servidores públicos con la existencia de prejudicialidad; es así que, de la lectura de alrededor de sesenta sentencias del Ecuador desde el año 2003, se desprende que ninguna establece su definición, ni esta figura del derecho procesal es tratada a profundidad, simplemente es considerada como el paso

---

<sup>15</sup>Guillermo, Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II C-CH, Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta, 25ª Edición, 1997, p. 96.

<sup>16</sup>Ley de Casación, Ecuador, Suplemento Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004.

previo para la resolución de otro proceso judicial y ha sido propuesta como mero enunciado.

### **I.2.1.- Casos de prejudicialidad**

En el Ecuador desde el año 2003, se cita a la prejudicialidad de forma recurrente, en los procesos de daños y perjuicios y daño moral, estableciendo que, en el primer caso, se la exige, y en el segundo caso, no.

Cuando se ha cometido un delito que ha causado daño a una persona o propiedad, se incurre en responsabilidad civil y se debe pagar una indemnización, sin embargo, previamente, debe haber sido juzgado el señalado ilícito en materia penal o debe haber sido calificada la denuncia o acusación particular como maliciosa y temeraria.

Al respecto, citamos la parte pertinente de la Resolución No. 403-06 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 597 de 25 de mayo de 2009, que señala:

“[...] El artículo 245 del Código de Procedimiento Penal, aunque no establece expresamente un caso de prejudicialidad, sí señala que es obligación del Juez que dicte sobreseimiento definitivo, declarar si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas y además dice: *‘El condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios. En caso de que el Juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá, además, por el delito previsto en el artículo 494 del Código Penal.’*. En concordancia con esta disposición, está la del artículo 31, en su numeral 2, letra a), que determina las reglas de competencia para conocer de las acciones derivadas de las acusaciones que hayan sido declaradas como maliciosas o temerarias. En el ejercicio del derecho de acción, ciertamente pueden cometerse abusos, que tendrán que ser calificados por el Juez; en el ejercicio de la acción penal, especialmente, es donde pueden apreciarse con más frecuencia casos de abuso del derecho; pero a priori no puede concluirse que siempre sea un ejercicio abusivo, como ilustra la siguiente resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (No. 287 de 6 de julio del 2000, publicada en el Registro Oficial 140 de 14 de agosto del 2000, como en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 3, pp. 607-612): *‘El ejercicio de la acción penal no es, de suyo, contrario a derecho, ya que es una forma de*

*ejercitar el derecho constitucional de petición; por lo tanto, no puede de modo alguno concluirse que el ejercicio dentro de los parámetros legales de un derecho puede originar un deber indemnizatorio. El ordenamiento legal ha querido que sea expresamente declarado por el juzgador penal que conoce del proceso en el que se ha deducido la acusación particular o se ha presentado la denuncia quien al calificarla establezca si se ha actuado o no ilícitamente (sea por temeridad o malicia) y, por lo tanto, si existe o no el derecho a reclamar las indemnizaciones de daño patrimonial y de daño moral. Cuando el legislador, en el artículo tercero innumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil por la Ley No. 171, promulgada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984 [que corresponde al artículo 2234 en la vigente codificación], dijo que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes, no dijo ni podía decir que se deba indemnización por daño moral por acciones u omisiones lícitas, lo que dice es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial, que una y otra son obligaciones independientes entre sí de tal manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que, inclusive, puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como, por ejemplo. El pago de un seguro de vida, de enfermedad etcétera, sin embargo, las dos se originan en una misma causa de la cual son dependientes, de tal manera que si la causa no existe no es exigible ni una ni otra. En consecuencia no cabe reclamar indemnización de daño moral (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el Juez de la causa mediante resolución definitiva...’. De lo anterior se desprende que si bien el vigente Código de Procedimiento Penal no mantiene el texto del inciso segundo del artículo 16 de la antigua codificación (‘Así mismo, se requerirá auto o sentencia ejecutoriados del Juez o Tribunal Penal para iniciar la acción en los casos de denuncia o acusación particular que hubieran sido calificadas como maliciosas o temerarias’), el espíritu del vigente código es por demás claro, pues de lo contrario no tendría sentido que se haya dispuesto en el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal la obligación del juzgador de calificar la malicia o temeridad de la acusación. De no primar esta interpretación, nos veríamos forzados a aceptar que, a priori, el ejercicio de la acción penal comporta una actuación ilícita, que sin importar esta calificación, otorgaría vía abierta para que toda persona que haya sido encausada penalmente, inclusive cuando la acusación particular en la especie haya sido expresamente declarada como no maliciosa ni temeraria [...]’<sup>17</sup>*

---

<sup>17</sup>Resolución No. 403-2006, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,

En este punto cabe una reflexión, en el caso del juzgamiento de daños y perjuicios, es necesaria la resolución previa del juez penal, asimismo en la calificación de la denuncia como maliciosa y temeraria, en tal virtud cuando se presenta dicha acción, pero esta vez en contra de una institución pública, producto de un acto administrativo, el mismo debe haber sido previamente calificado de nulo por el Tribunal Contencioso Administrativo. No existe norma expresa, pero si no hay invalidación del acto, no se puede calificar y cuantificar el daño y/o perjuicio. En este caso aparece nuevamente la prejudicialidad.

En las sentencias revisadas, también se la *intuye* en procesos de falsedad de instrumentos públicos y privados, porque no se la expone expresamente y lo único que se expresa es la pertinencia o no de la acción civil, antes de la penal. No obstante en ninguna de las sentencias se define a la prejudicialidad, ni se analiza alguna explicación de esta figura jurídica.<sup>18</sup>

Asimismo, se puede confundir a la prejudicialidad en los delitos de injurias e injurias calumniosas graves, esto se provoca en razón de la formalización de la acusación particular dispuesta en el artículo 373, inciso final del Código de Procedimiento Penal anterior, si no se la cumplía dentro del plazo de tres días, generaba el efecto de que el juzgador declare de oficio la deserción de la acusación con las mismas consecuencias del abandono; pero, este requerimiento no lo podemos calificar como prejudicialidad, sino más bien como una cuestión previa, que debe resolverse dentro de un proceso principal y no en otra instancia o jurisdicción.

Cabe citar la Resolución No. 508-206 de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, publicada en Registro Oficial Edición Especial 33, 19-III- 2008,

---

Ecuador, Registro Oficial 597, 25-V-2009.

<sup>18</sup>Véase: Resolución No. 386-2006 de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, R.O. 582, 4-V-2009; y, Resolución No. 611-09 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, E.E. 186, 1-IX-2011.

dentro de un juicio de injurias calumniosas graves, donde el voto de mayoría considera que la formalización de la acusación particular no se constriñe únicamente a un acto meramente formal, sino que, como lo señala el Dr. Jorge Zavala Baquerizo “[...] en su obra ‘Tratado de Derecho Procesal Penal’, Tomo II, define a la formalización de la acusación particular como el examen crítico de lo actuado en la primera etapa del proceso penal para insistir o no en su acusación, agregando además que aquel escrito es una condición procesal que tiene por objeto ratificar la eficacia jurídica de la acusación particular [...]”; en tanto que el voto salvado, lo considera solo como un *incidente* “[...] que podía atenderse de inmediato y no en sentencia porque es apenas una parte del todo procesal, lo cual significa que la providencia a través de la cual el Juez podía proveer tal circunstancia, era y es solamente la que conocemos con la denominación de auto cuya peculiaridad se reduce a resolver un incidente procesal que es parte de lo principal[...]]”<sup>19</sup> Criterios estos que evidencian el debate que se genera alrededor de los temas de prejudicialidad.

### **I.2.2.- Sentencias relevantes**

Dentro de las sentencias que han sido revisadas, se debe resaltar a dos de ellas, la primera es la Resolución No. 992-2006, de la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, de 10 de enero de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 368, de 26 de junio de 2008. La misma es consecuencia de la presentación de dos recursos de casación, tanto por la Empresa Estatal de Comercialización y Transporte de Petróleos del Ecuador, PETROCOMERCIAL, como por la delegada del Procurador General del Estado.

En ella se analiza respecto de la configuración del despido intempestivo, la ineficacia del visto bueno, la inobservancia del debido proceso y la existencia de prejudicialidad.

---

<sup>19</sup> Resolución No. 508-2006, de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Registro Oficial E.E. 33, 19-III-2008.

Del fallo se puede determinar que, esta causa se provoca en virtud que el trabajador ha incurrido en faltas repetidas e injustificadas a su lugar de trabajo, y, en falta de probidad, ya que han existido cheques de mil y dos mil dólares girados por el accionante, a su favor, en razón de su calidad de Tesorero.

Producto de estas acciones, la Empresa Estatal ha realizado, por un lado, el trámite de visto bueno para terminar la relación laboral; y, por otro, la denuncia correspondiente en la Fiscalía. El fallo del juez a quo del trabajo, ha considerado que se debe dejar sin efecto la resolución de visto bueno, porque se ha infringido las normas del debido proceso y se le ha conculcado al actor el derecho a la defensa.

La Corte, en su análisis, considera principalmente, que el trámite administrativo de visto bueno se lo ha realizado por falta de probidad, de la cual la Sala señala que ha quedado desvirtuada, en razón del fallo de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, de 5 de julio del 2004<sup>20</sup>, que ha declarado el sobreseimiento definitivo del imputado en la instancia penal, reflexionando:

“[...] Ya que el visto bueno concedido por esta causa carece de eficacia; pues, por principio fundamental y de acuerdo a los artículos 16, 17 y 19 del Código de Procedimiento

---

<sup>20</sup>Véase: “1.3) Por otro lado, la falta de probidad acusada, como bien lo analiza el fallo de Alzada, ha quedado desvirtuada con la resolución adoptada por la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja, el 5 de julio del 2004, que en su considerando Quinto, textualmente, dice: “No se advierte en la especie demostrados los presupuestos jurídicos que entraña la comisión de las infracciones por las que acusa el representante del Ministerio Público y aún, al momento de ninguna otra. Pues, no se ha comprobado que el imputado haya sustraído los cheques en razón de que los mismos han estado a su cargo; que el protesto de los cheques haya sido resultado de su culpa o dolo en virtud de que tal circunstancia se ha debido a la falta oportuna de la localización de los fondos por parte de la unidad administrativa de Petrocomercial Matriz; tampoco se han justificado por constancias procesales que los valores concernientes a dichos cheques hayan beneficiado personalmente al imputado o que éste de cualquier modo haya facilitado o permitido el beneficio de terceros. Que el *modus operandi*, en el caso y para efecto de los gastos que ha debido efectuar la Sucursal de la filial de Petroecuador en Shushufindi, ha venido siendo utilizada desde hace tiempo atrás a la fecha en la que se ha dado el protesto de los cheques que motivaron la denuncia y sobre tal procedimiento ha de advertirse han tenido total y absoluto conocimiento y de hecho han prestado su aceptación las autoridades administrativamente superiores al imputado y adicionalmente en el señalado mecanismo se ha encontrado involucrado con su participación y concomitante corresponsabilidad el propio denunciante. Que en definitiva, los hechos que han motivado el presente enjuiciamiento no constituyen delito de abuso de confianza y/o estafa y es por mérito de lo que antecede así como de las consideraciones que por su parte ha efectuado el Juez A quo que, la Sala, desestimando el recurso de apelación, reforma el auto subido en grado y en sustento de lo previsto por el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal, sobresee de manera definitiva al proceso e imputado Marlon Vicente Mendieta Hidalgo y por consecuencia dispone la cancelación de las medidas cautelares que se hayan expedido en su contra. Notifíquese”. Resolución No. 992-2006, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 368, de 26 de junio de 2008.

Penal, solo quienes tienen la potestad legal para ejercer la jurisdicción en materia penal, pueden declarar, mediante sentencia, el cometimiento de un delito y la culpabilidad del imputado. Cabe señalarse además que la sola denuncia no implica, de ninguna manera, el cometimiento del delito; pues, según el Art. 24 numeral 7 de la Constitución Política de la República y 4 del Código de Procedimiento Penal, todo imputado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable. Consecuentemente, al haberse desvirtuado las causas que sirvieron de fundamento para la petición y resolución de visto bueno, este hecho, efectivamente se asimila al despido intempestivo con sus correspondientes consecuencias legales [...]”<sup>21</sup> Concluyendo más adelante que se desestiman los recursos propuestos.

En el presente caso, la Corte Nacional de Justicia, acepta la incorporación en el juicio laboral, de una sentencia en materia penal, configurándose la prejudicialidad penal; y, en el fallo no se distingue diferencia alguna entre la responsabilidad en materia penal y la materia administrativa, sino más bien se considera que al iniciarse el visto bueno por presunta falta de probidad y no haberse demostrado que en materia penal era responsable el trabajador, primero la autoridad que así lo resolvió, no tiene competencia; y, luego, no tiene sustento este proceso y su consecuente sanción, configurándose el despido intempestivo al no existir causal de sanción administrativa.

Este hecho nos hace reflexionar que si bien, se hace evidente la prejudicialidad, no hay distinción real del tiempo entre una y otra acción, es decir entre el trámite administrativo, el derecho a recurrir en la instancia judicial, en el Juzgado de Trabajo y la acción penal, tal es así que, en una parte de los considerandos, se enuncia que previo a la detención del trabajador ha sido notificado con el trámite de visto bueno, consecuentemente, en el mismo momento se iniciaron las dos acciones; pero más adelante, ante la ausencia de responsabilidad penal, se descarta la responsabilidad administrativa, subsumiendo la norma administrativa como parte de la penal, pese a que cada una ha sido establecida en un cuerpo legal distinto. Por lo tanto la responsabilidad administrativa no ha podido demostrarse como efecto de la prejudicialidad.

---

<sup>21</sup>Resolución No. 992-2006, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 368, de 26 de junio de 2008.

De lo señalado podemos concluir que existe una falta de definición en la legislación de los casos de prejudicialidad que tienen relación con la actuación administrativa, especialmente en lo relacionado a, cuándo está presente y cuáles son los presupuestos para considerarla como tal.

La segunda sentencia que habíamos enunciado, es la que se encuentra identificada con Resolución Nro. 314-04, de 27 de junio de 2004, dentro de un juicio de peculado.

Dos sentenciados interponen recurso de casación y uno de ellos plantea, que en razón de lo dispuesto en la Constitución Política de la República, se le otorga a la Contraloría General del Estado, la potestad exclusiva para determinar la existencia de presunciones de responsabilidad penal, en esa virtud, dice, no se ha cumplido con la prejudicialidad que debe atenderse en estos casos, así como con la procedibilidad y admisibilidad.

Respecto de la prejudicialidad alegada, la Sala señala que:

“...es equivocado el criterio de que haya prejudicialidad o actividad privativa de la Contraloría General del Estado en el caso de peculado, porque no se puede confundir la misión examinadora de una entidad contralora sobre los fondos públicos, de la cual puede existir el resultado de determinación de la existencia de indicios de responsabilidad penal, con la misión de administrar justicia que es irrenunciablemente exclusiva de la Función Judicial, como mandan el Art. 191 y siguientes de la Constitución Política de la República. Hay que insistir en que los procesados actuaron concertadamente mediante actos directos y principales, por lo que bien hizo el Tribunal Penal en declararlos autores de acuerdo con el Art. 42 del Código Penal.”<sup>22</sup>

La Sala, concluye declarando como improcedentes los recursos de casación interpuestos y confirma la responsabilidad de los autores del delito de peculado, además con agravantes, que impiden aplicar las atenuantes.

---

<sup>22</sup>Resolución Nro. 314-04, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 509, de 21 de enero de 2005.

De esta resolución hay que resaltar que, se reconoce expresamente la facultad jurisdiccional, que no puede ser ejercida sino por los jueces y juezas dispuestas en la Ley, y a esa fecha, no advierte la facultad de la Contraloría General del Estado para emitir un informe de procedibilidad para la iniciación del proceso penal en el delito de peculado, sin embargo comprueba lo señalado en líneas anteriores, esto es que el informe de la Entidad de Control tiene efectos únicamente de cuestión previa, mas no se la puede considerar como prejudicial.

De otra parte, si bien no se refiere a la casación enunciada en el presente título, por el aporte que brinda al análisis, citaremos una sentencia de la Corte Constitucional, producto de la interposición de una acción de protección.

La acción constitucional es propuesta por un abogado, grado P1, ex servidor de la Dirección Provincial del IESS en Tungurahua, el mismo que ha sido destituido de su cargo, por haber acusado al Director Provincial del IESS como responsable de un acto de corrupción.

La Resolución de sumario, considera que se encontraba incurso dentro de lo establecido en las letras a), b) y e) del artículo 24 y letra l) del artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, esto es, por no respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución Política de la República, las leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la ley. No desempeñar personalmente, las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia y con la diligencia que se emplean generalmente en la administración de sus propias actividades, cumpliendo las disposiciones reglamentarias de su dependencia; por no haber mantenido dignidad en el desempeño de su puesto y en su vida pública y privada, de tal manera que no ofendan al orden y a la moral y no menoscaben el prestigio de la institución a la que pertenecen; y,

además por realizar actos inmorales de cualquier naturaleza en el ejercicio de sus funciones.<sup>23</sup>

La Primera Sala de la Corte Constitucional, se declara competente para resolver el caso, establece que no se ha omitido solemnidad sustancial, enuncia el acto administrativo impugnado, y señala que la causal para la salida del ex servidor, establecida en el sumario administrativo es haber “... injuriado gravemente a la máxima autoridad del IESS en esa jurisdicción provincial”<sup>24</sup>, es responsable por tanto de la causal de destitución “injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o compañeros de trabajo.”<sup>25</sup>

Enfatiza, sin embargo, que la causal de injuria, en la cual ha incurrido el accionante es un delito tipificado en el Código Penal, además reconoce que toda persona tiene como derechos constitucionales la presunción de inocencia, el debido proceso y el no ser distraída de su juez competente, por lo que concede el amparo requerido y declara que el acto que se impugna viola los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica.

Las consideraciones principales son que, “[...] cuando la autoridad demandada destituye al recurrente lo sanciona por un delito del cual constitucionalmente se presume que él no cometió, pues no existe una sentencia en su contra mediante la cual el juez penal, con competencia para conocer sobre el cometimiento de un delito (injuria grave Art. 490 C.P.), haya sentenciado al Dr. López Parra [...]”<sup>26</sup>; y, que en Resolución Nro. 1115- 2008- RA de 21 de enero de 2009, la Sala ya se ha pronunciado “[...] en el sentido de que además el acto impugnado es ilegítimo, pues cuando el Director General del IESS

---

<sup>23</sup>Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, Publicada en el Registro Oficial No. 16, de jueves 12 de mayo del 2005, ya derogada, pp. 5 y 6.

<sup>24</sup>Resolución No. 1411-08-RA, de 14 de octubre de 2009, de la Primera Sala de la Corte Constitucional, Ecuador, E.E. 18, de 9 de noviembre de 2009.

<sup>25</sup>Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ya derogada, Publicada en el Registro Oficial No. 16 de jueves 12 de mayo del 2005.

<sup>26</sup>Resolución No. 1411-08-RA, de 14 de octubre de 2009, de la Primera Sala de la Corte Constitucional, Ecuador, E.E. 18, de 9 de noviembre de 2009.

destituyó al recurrente atribuyéndole responsabilidades penales, actuó sin competencia [...]”<sup>27</sup>

De lo que se puede determinar que la Corte Constitucional, cuya atribución constitucional, entre otras, es el de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia, ya ha establecido como una violación al derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, que se inicie un expediente administrativo que tiene como antecedente la consumación de un delito, cuya causa no haya sido resuelta en sede penal, no solo por quebrantar el derecho a la presunción de inocencia, sino que considera que la autoridad administrativa no es competente para conocer respecto de las acciones delictivas, caso que resulta análogo en relación con el sumario administrativo en el delito de peculado.

Las sentencias citadas, son concordantes al declarar que es competencia del Juez Penal el resolver sobre la posible consumación de delitos, entonces, ninguna otra instancia, ni administrativa, ni laboral, pueden, desde esta perspectiva, resolver lo que se refiere a esta materia, por lo que se torna inaplicable el régimen disciplinario para determinar responsabilidad administrativa cuando hay prejudicialidad penal.

Finalmente diremos que, se reconoce, aunque superficialmente, a la prejudicialidad en estos procesos, pero a su vez se comprueba que hay una gran inconsistencia en la normativa administrativa, que incorpora faltas de carácter penal al ámbito de su competencia.

### **1.3. Análisis teórico-jurídico de la prejudicialidad**

Una vez que hemos visto en líneas anteriores que la figura jurídica de la prejudicialidad, tiene un nivel de complejidad, ya que, ni en la doctrina, ni en nuestra legislación se la ha logrado definir con claridad, en cuanto a su clasificación también existen varios criterios.

---

<sup>27</sup>Resolución No. 1411-08-RA, de 14 de octubre de 2009, de la Primera Sala de la Corte Constitucional, Ecuador, E.E. 18, de 9 de noviembre de 2009.

En el derecho Español y la Unión Europea, a la prejudicialidad, se le ha dado varias categorías de ordenación, estas son: por su naturaleza, que se divide en cuestiones prejudiciales homogéneas y heterogéneas; en razón de la rama del ordenamiento jurídico, se distribuye en “[...] civiles, administrativas, laborales, penales, constitucionales y comunitarias [...]”<sup>28</sup>; y, desde la perspectiva de la sentencia o decisión de fondo, tenemos a las normativas y judiciales.<sup>29</sup> Las mismas que consideramos son aplicables a la legislación de nuestros países latinoamericanos, en general, y el Ecuador en particular.

### **I.3.1. Prejudicialidad por su naturaleza**

En principio, por su naturaleza, tenemos a las cuestiones prejudiciales homogéneas que tienen que ver con casos relacionados a la misma rama del derecho, son del mismo género e incluso pueden ser conocidas por jueces de las mismas características. En tanto que las heterogéneas se refieren a ramas distintas, que se entrelazan en razón de la prejudicialidad, como ejemplo tenemos a las que tienen que ver con la iniciación del juzgamiento civil antes de la acción penal o viceversa.<sup>30</sup>

### **I.3.2. Prejudicialidad por la rama del ordenamiento jurídico**

En lo que se refiere a las ramas del ordenamiento jurídico, en nuestra legislación, se puede apreciar que se hace presente en materia civil y máxime en materia penal; en materia administrativa, en el caso del proceso tributario, pero también si hablamos de daños y perjuicios producto de un acto administrativo. Además, en materia laboral, ya que existen resoluciones judiciales, en las cuales se ha considerado que, cuando se presume que la conducta del trabajador es falta de probidad, conducta inmoral o en general por el

---

<sup>28</sup>Emiliode Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, Tercera Edición, Valencia España, Guada Impresores S.L., 2008, p. 203.

<sup>29</sup>Véase: Op. cit. Emilio de Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p. 203.

<sup>30</sup>Véase: Op. cit. Emilio de Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p. 203.

presunto cometimiento de un delito, debe haber sido previamente establecida como tal, en materia penal.

Para ahondar un poco, en lo que se refiere a materia Civil, el autor Emilio Velasco Célleri, en su obra *Sistema de Práctica Procesal Civil*, cita al tratadista Leonardo Prieto Castro, que, respecto de la Prejudicialidad Civil, dice “[...] es la situación que se produce en un proceso Civil, cuando para decidir sobre su objeto concreto, es necesario resolver antes una cuestión de carácter administrativo o jurisdiccional atribuida al conocimiento de un Tribunal que ejerce una manifestación jurisdiccional distinta ( por ej. Penal) o civil, pero diferencial”<sup>31</sup>.

En tanto que, “[...] la prioridad de la jurisdicción penal sobre la civil es (para) evitar sentencias que con el mismo hecho podrían arribar a conclusiones contradictorias. Si esta es la interpretación teleológica que debe hacerse de la norma, en principio, nada indica que su aplicación deba ceñirse solamente a los juicios en los que se demande indemnización por daños derivados de un delito, sino que puede extenderse a todo juicio civil que se halle íntimamente vinculado al resultado de un proceso criminal, pues como se dijo, la finalidad es evitar el escándalo jurídico de las sentencias contradictorias [...]”<sup>32</sup>

En principio, este breve antecedente nos permite evidenciar como estas dos materias se ven relacionadas frecuentemente, es decir si se presenta la acción penal, como asunto previo a la civil, esta última servirá para efectuar la cuantificación del daño, consecuencia de la declaratoria de responsabilidad del individuo, sin lo cual, no existe la obligación de reparación; pero además, se resalta que existe prioridad de la acción penal sobre la civil, con el fin de evitar la contradicción en las sentencias, criterio que es coincidente con lo señalado respecto a la acción penal antes de las acciones sancionatorias del régimen disciplinario.

Ergo, la prejudicialidad penal no solo se presenta antes de la acción civil, sino

---

<sup>31</sup>Emilio, Velasco Célleri, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Ecuador, Pudeleco Editores S.A., 1991, p. 162.

<sup>32</sup>José Daniel, Cesano, *Cuestiones de prejudicialidad penal*, Córdoba, República Argentina, Ediciones Alveroni, 2001, pp.14 y 15.

que puede presentarse “[...] en el desarrollo del proceso y que requiere ser esclarecida en otra vía, ya que en virtud del derecho a la defensa, sirve para que el juez decida afirmando o negando el carácter delictuoso del hecho objeto de la impugnación y resuelva si el proceso penal, deba proseguir o ser archivado definitivamente, porque si el juez civil considera que no existe el acto de falsedad, no se podrá iniciar o continuar la causa penal.”<sup>33</sup>

Es decir, dentro de esta acepción, se encuentran consideradas las cuestiones de prejudicialidad, por las cuales se puede suspender el primer proceso, hasta resolver el segundo.

Lo dicho sería aplicable asimismo y de forma análoga, a la materia administrativa que nos ocupa, esto significa que se necesita el pronunciamiento penal, antes de la resolución administrativa. Para que continúe el procedimiento sancionador, inicialmente es necesaria la sentencia de declaratoria de responsabilidad penal.

Confirmando lo señalado, Aguilera de Paz, considera que “[...] son cuestiones prejudiciales las cuestiones civiles o administrativas propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos en la misma, que se hallen tan íntimamente ligadas al acto justiciable que sea racionalmente imposible separarlas, y cuya resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, o de cuyo fallo haya de depender la sentencia que deba dictarse en ésta. [...]”<sup>34</sup>

### **1.3.3. Prejudicialidad comunitaria**

En lo que se refiere a la prejudicialidad comunitaria, tenemos varios ejemplos, como lo que ocurre en “[...] el curso de un proceso ante los Tribunales nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea (pues, si) surgieran dudas al órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo del asunto, sobre la validez o la interpretación de normas comunitarias de necesaria aplicación [...]”<sup>35</sup>, se suspende el procedimiento y deben formular la consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad

---

<sup>33</sup>Jorge M., Blum Carcelén, Dr., *Prejudicialidad. Falsedad Material en Documento Público*, Primera Edición, Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013, p. 37.

<sup>34</sup>Op. cit., Mario A., Oderigo, *Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal*, p. 18.

<sup>35</sup>Op. cit., Emilio de Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p. 213.

Europea.

También en otras cortes extraterritoriales, se puede apreciar la prejudicialidad, como en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en el capítulo III de su Estatuto, denominado de la Interpretación Prejudicial, manda que ese Ente, puede interpretar las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para una aplicación uniforme en el territorio de los países miembros, y cuando los jueces nacionales conozcan de una norma que deba aplicarse o este en controversia, podrán solicitar directamente o con oficio dicha interpretación, siempre que sea susceptible de recursos en derecho interno.<sup>36</sup>

Entretanto, cuando sea la sentencia de única o última instancia, es decir no fuere susceptible de recurso en el derecho interno, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal. Cuando la consulta es obligatoria quedará suspendido hasta que se resuelva la interpretación solicitada.<sup>37</sup>

El mismo caso se presenta con los requisitos que debe cumplir un demandante en la tramitación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es haber agotado los recursos de la jurisdicción interna del país de origen del reclamo, antes de iniciar la acción en la mencionada Corte.

#### **1.3.4. Prejudicialidad normativa**

Para continuar, tenemos a la clasificación relacionada a la prejudicialidad normativa, al respecto el autor Emilio de Llera Suárez Barcena, señala que la inconstitucionalidad es parte de esa clasificación y dice:

---

<sup>36</sup> Véase: Capítulo III, de la Interpretación Prejudicial, de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que contiene el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de veintidós de junio del 2001. Valencia, Venezuela.

<sup>37</sup> Véase: Proceso No. 97-IP-2002 de 5 de febrero del 2003, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, San Francisco de Quito, publicada en el Registro Oficial No. 81 de 14 de mayo de 2003. Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en el artículo 83, literales a), e) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, República del Ecuador, e interpretación de oficio de los artículos 81 y 84. Parte actora: MARIN & ASOCIADOS CA. MYACA. Marca: "ALPINETTE". Expediente interno No. 362-96-LM.

“[...] Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.<sup>3</sup> Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional [...]”<sup>38</sup>

Lo propio sucede en el Ecuador, es decir, existe prejudicialidad normativa constitucional, de conformidad con lo que manda el artículo 428 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en el título IV de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, porque ordenan que las juezas o jueces, o a petición de parte, sólo si tienen dudas razonables y motivadas, deberán consultar, respecto de las normas contrarias a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>39</sup>, y si bien se refiere al denominado control concreto de constitucionalidad, en razón de que, previo a la resolución de una pretensión procesal, debe ser resuelto otro requerimiento, en una instancia distinta a la primera, se hace evidente la existencia de la prejudicialidad.

### **1.3.5. Categorías prejudiciales excepcionales**

También se han planteado otras categorías excepcionales, como las cuestiones prejudiciales heterogéneas no penales y cuestiones prejudiciales heterogéneas penales, que también han sido llamadas no devolutivas y devolutivas, las primeras que se refieren a:

“[...]el tratamiento no devolutivo de las cuestiones prejudiciales administrativas y sociales que puedan suscitarse en el proceso civil, sin que la resolución sobre la cuestión prejudicial produzca efectos fuera del proceso civil; y excepcionalmente su tratamiento

---

<sup>38</sup>Op. cit. Emiliode Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p. 211.

<sup>39</sup>Véase: Título IV, Control Concreto de Constitucionalidad, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, Suplemento Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009.

devolutivo o excluyente de la jurisdicción civil en dos supuestos: primero, cuando lo establezca la ley y, segundo, cuando lo pidan ambas partes[...]<sup>40</sup>

Las segundas, las prejudiciales heterogéneas penales que son:

“[...] los supuestos de prejudicialidad penal en el proceso civil en sentido propio, es decir, aquellos en los que surge dentro del proceso civil una cuestión de naturaleza penal que ha de ser resuelta como antecedente lógico a la decisión sobre la cuestión civil que constituye su objeto principal, y, además, los supuestos en que el hecho con caracteres delictivos no afecta al objeto del proceso civil sino a uno de los medios de prueba que pueden articularse dentro del mismo, concretamente, el documental, que no constituye pues una verdadera cuestión prejudicial [...]”<sup>41</sup>

La diferencia que surge entre estas dos clasificaciones, es la necesidad de remitirlas o no hacia otra instancia para resolver la prejudicialidad, de ser necesario con la suspensión del proceso.

### **1.3.6. Sistemas para el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales, cosa juzgada y la teoría de división de funciones**

Los tratadistas también han reconocido la existencia de dos sistemas, que tienen que ver con el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales, estos son, los “abolutos” y “relativos”.<sup>42</sup>

El primer sistema, que es de naturaleza independiente, indica que el juez de la causa debe resolver todo lo relacionado a la misma “[...] el juez de la acción, es el juez de la excepción [...]”<sup>43</sup>, es por esto que bajo este sistema, en materia penal especialmente, el

---

<sup>40</sup>Op. cit., Emiliode Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p. 207

<sup>41</sup>Op. cit., Emiliode Llera, Suárez Barcena y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, p.207.

<sup>42</sup>Véase: Enciclopedia Jurídica OMEBA, PENI-PRES, *Prejudicialidad*, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979, p. 811.

<sup>43</sup>Enciclopedia Jurídica OMEBA, PENI-PRES, *Prejudicialidad*, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979, p. 811.

juez de la causa deberá resolver todo lo concerniente y que se derive de aquel enjuiciamiento, como son las causas civiles y administrativas concurrentes. El ejemplo más claro tenemos en la legislación alemana, que reconoce plenamente este aforismo.

De otra parte, en el sistema relativo, el juez en razón de sus facultades legales, obligatoriamente o de forma potestativa, procederá a remitir al órgano jurisdiccional competente para la resolución de los incidentes que se deriven de la causa.

No obstante, existen otras posibilidades que se convierten en sistemas mixtos, así tenemos como muestra, a la causa administrativa que debe ser resuelta después de una acción penal, como es el caso, en nuestra legislación, del sumario administrativo en el delito de peculado; y, cuando de una causa administrativa se deriva una acción penal, donde volvemos a citar al procedimiento de sumario, del cual se presume la existencia de responsabilidad penal, demostrando que tanto la materia penal, como la administrativa, se ven vinculadas en diferentes formas en razón de su naturaleza punitiva.

Ergo, estos sistemas, no solo derivan a un problema doctrinario en lo relacionado a la cosa juzgada, sino que también conflictúan lo referente a la garantía del *non bis in idem* y la separación de funciones.

Las escuelas francesa e italiana, establecen, coincidentalmente, la primera, que cosa juzgada constituye aquella causa que está relacionada con las acciones jurisdiccionales exclusivamente, por tanto no existe una vinculación con el tema administrativo; en tanto que la segunda, no reconoce cosa juzgada en los temas que hayan sido resueltos en materia administrativa. Sin embargo escuelas como la alemana y la austriaca, consideran que la cosa juzgada si se produce en temas administrativos, ya que no han realizado una diferenciación entre la acción jurisdiccional y la administrativa, a las dos las consideran como parte de la administración de justicia.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Véase: Enciclopedia Jurídica OMEBA, *Prejudicialidad*, PENI-PRES, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979.

Por otra parte, en lo relacionado a la teoría de la separación de funciones, esto es, el desarrollo de la acción administrativa y la jurisdiccional, independientemente, en varios sistemas, se ha establecido que el gobierno no puede tener injerencia en lo relacionado a la judicatura, el francés es un ejemplo, pues cree en la separación absoluta de funciones. En otros sistemas sin embargo, se reconoce a la acción jurisdiccional como complemento de la acción administrativa, como modelos están las legislaciones italiana y sueca.

Con estas consideraciones, en lo que se refiere, más concretamente, a las materias administrativa y penal, objeto de nuestro análisis, diremos que hay legislaciones como la argentina que considera que la decisión del juez, en sede jurisdiccional, no obliga al administrativo. En nuestra legislación no lo podríamos denominar *juez administrativo*, por cuanto está lejos de la facultad jurisdiccional, salvo el juez contencioso administrativo, que si está dentro del ámbito de competencia judicial.

Además, podemos citar a autores argentinos como Eusebio Gómez, Emilio C. Díaz y Carlos Malagarriga, que comparten la teoría de la “prejudicialidad administrativa extrapenal”, que se refiere a la intervención de la instancia administrativa antes del enjuiciamiento penal, como un verdadero tribunal de cuentas, así tenemos a la Contaduría General, que en nuestro caso es la Contraloría General del Estado, con cuyo dictamen positivo se inicia la acción penal.

Contrario a esta posición se encuentra el autor Soler, el mismo que desconoce que la acción administrativa, pueda ser requisito de la acción penal y considera que si existe un delito, solo la jurisdicción penal podrá juzgarlo, por tanto no se puede señalar que exista prejudicialidad administrativa. No obstante, reconoce que en el caso de la presunción del delito de peculado, para que el Juez Penal conozca del hecho, al menos debe tener una indicación de los errores de la administración pública, esto por medio del informe de la instancia de cuentas.

Bielsa en cambio, considera que respecto de las resoluciones de la Instancia de

cuentas, “[...] la resolución dictada por la misma, en el juicio de cuentas, hace cosa juzgada sobre la responsabilidad administrativa y los efectos de ésta, sobre el hecho o acto, dependerán del alcance de la resolución.”<sup>45</sup> Sin embargo, esto no excluye al servidor del juzgamiento penal o civil que corresponda, pero no podrá ser juzgado nuevamente en sede administrativa.

En el Ecuador, si bien, en la legislación no existe una definición de la prejudicialidad administrativa, sin embargo, en lo que se refiere al delito de peculado, mediante Resolución sin número, publicada en el Registro Oficial número 154 de 19 de marzo de 2010, la Corte Nacional de Justicia en uso de sus facultades se pronuncia respecto del oficio del señor Contralor General del Estado No. 24237, de 28 de diciembre del 2009, que solicita se determine “[...] si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos[...]”.<sup>46</sup>

Para dictar el mencionado documento, considera al artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República, que manda como función de la Contraloría General del Estado, entre otras, la determinación de responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal de los servidores públicos, disposición concordante con lo que mandan los artículos 39, 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. No obstante distingue que la Contraloría determinará los indicios de responsabilidad penal, en tanto que a la Fiscalía le corresponde ejercer la acción penal, lo que demuestra una vez más que existe un reconocimiento a la división de funciones que hemos explicado.

Además, esta Resolución, resalta que “la sustanciación de los procesos de

---

<sup>45</sup>Enciclopedia Jurídica OMEBA, *Prejudicialidad*, PENI-PRES, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979, p.821.

<sup>46</sup>Resolución sin número de 24 de febrero del 2010, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 154, de 19 de marzo de 2010, p. 1.

peculado y enriquecimiento ilícito sin que previamente se hayan incorporado los informes con indicios de responsabilidad penal, emitidos por la Contraloría General del Estado, ha contribuido a la inseguridad jurídica, así como a la impunidad de los procesados por estos delitos.”<sup>47</sup>, por lo que manda, que es necesario exista informe previo de la misma Contraloría General del Estado, en el ejercicio de la acción pública penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; sin embargo de llegar primero a conocimiento de la fiscalía en la indagación previa, la misma deberá poner en conocimiento de la Contraloría General del Estado para que proceda con el examen especial y remitir el mismo para el inicio de la instrucción fiscal.

Esto último, en virtud de las potestades establecidas en la Constitución de la República para la función jurisdiccional, no se constituyen en prejudicialidad, sino más bien como una *cuestión previa*, que siendo de carácter administrativo deben ser solventadas dentro o antes del proceso penal, o suspenderlo si es necesario para poder obtener el informe, pero como requisito de procedibilidad mas no como prejudicialidad.

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 180 de lunes 10 de febrero del 2014, ya ha incorporado la disposición, que para el ejercicio de la acción penal en el delito de peculado, exista un informe previo sobre indicios de responsabilidad de la Contraloría General del Estado, pero lo califica como requisito de procedibilidad y no como prejudicialidad.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup>Resolución sin número de 24 de febrero del 2010, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 154, de 19 de marzo de 2010, pp. 1 y 2.

<sup>48</sup>Véase: Artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, p. 95.

## CAPÍTULO II

### **Análisis de los elementos del debido proceso, en el sumario administrativo, tendientes a ser afectados por la prejudicialidad**

Enrique Rojas Franco, señala que la “[...] Administración puede sancionar a los administrados en general, y disciplinariamente, al personal de su servicio y lo realiza por medio normalmente de un debido proceso.”<sup>49</sup>, y Roberto Dromi, establece que esta “[...] sanción es un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho [...]”<sup>50</sup>, sin desconocer por supuesto que debe seguirse un procedimiento apegado a las garantías constitucionales.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú; y, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, ha reconocido que las garantías del debido proceso, propias de las causas judiciales son aplicables también a los procesos administrativos<sup>51</sup>, ya que tanto las sanciones administrativas como penales son:

“[...] una expresión del poder punitivo del Estado y [...] tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup>Enrique, Rojas Franco, *Derecho de la Función Pública*, Ecuador, Editorial EDILEX S.A., 2007, p. 389.

<sup>50</sup>Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 12a Edición, Buenos Aires-Madrid-México, Hispania Libros, 2009, p. 401.

<sup>51</sup>Véase: Sentencia redactada en español e inglés, de 31 de enero de 2001, San José, Costa Rica, caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano Vs. Perú.

<sup>52</sup>Sentencia redactada en español e inglés de 2 de febrero de 2001, San José, Costa Rica, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, p. 84.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76, reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos al debido proceso, el mismo que está compuesto de varias garantías, y dispuesto para ser aplicado en todo proceso que determine derechos y obligaciones de cualquier orden.

La Corte Constitucional, también se ha pronunciado en varios fallos, respecto al resguardo del debido proceso como garantía constitucional, considerándolo:

“[...] como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos’**1**[...]”<sup>53</sup>; ya que la misma “[...] proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no solo las autoridades judiciales, sino también las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. [...]”<sup>54</sup>

Asimismo, ha manifestado: “[...] con relación a la naturaleza del debido proceso plasmado en el artículo 76 de la Constitución, que se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho [...]”<sup>55</sup>

El debido proceso por tanto es una garantía del ciudadano, que dentro de una causa judicial o administrativa, le permite obtener un resultado en respeto de sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución y la Ley.

---

<sup>53</sup>Sentencia No. 125-12 SEP-CC de 10 de abril de 2012, de la Corte Constitucional, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 724, de 14 de junio de 2012.

<sup>54</sup>Sentencia No. 060-12 SAN-CC de 27 de marzo de 2012, de la Corte Constitucional, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 735, de 29 de junio de 2012.

<sup>55</sup>Sentencia No. 103-12-SEP-CC, de la Corte Constitucional, Ecuador, caso No. 0986-11-EP de 03 de abril de 2012, Juez Constitucional sustanciador, Dr. Alfonso Luz Yunes.

Acorde a lo indicado, como resguardos constitucionales, se encuentran, entre otros, que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento, que se presume su inocencia y que no podrá ser juzgado dos veces por la misma causa.<sup>56</sup>

Ahora bien, la Ley Orgánica del Servicio Público, que es la norma que rige a los servidores públicos en el Ecuador, dispone que en el caso de existir falta grave de los mismos, se debe imponer una sanción que puede ser de suspensión o destitución de su puesto de trabajo, previo a un sumario administrativo.

El sumario administrativo, está calificado como “un proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración pública determinará o no el cometimiento”<sup>57</sup> de las faltas administrativas establecidas en la Ley, el mismo que se lo ejecutará sobre la base de las garantías del debido proceso, derecho a la defensa y el principio pro servidor.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, norma el proceso que deben seguir los sumarios administrativos, estableciéndose de forma sucinta que está compuesto de varias fases: acciones previas, inicio, término de prueba, audiencia oral, resolución, y en el caso de establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes<sup>58</sup>, entendiéndose, esto último, que será posteriormente a su terminación.

Sin embargo, en el caso del literal c) del artículo 49 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, disponía como causal de destitución el “[...] haber

---

<sup>56</sup> Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 de lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>57</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, de miércoles 6 de octubre del 2010, p. 14.

<sup>58</sup> Véase: Sección Tercera, del Procedimiento del Sumario Administrativo, del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, Decreto Ejecutivo 710, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 1 de abril de 2011.

sido sancionado por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito; y, en general, recibir cualquier clase de dádiva, beneficio, regalo o dinero ajeno a su remuneración [...]”<sup>59</sup>; y, ahora el literal c) del artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, manda como causal, el “[...] haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito[...]”, constituyéndose el enjuiciamiento penal como una acción anterior o prejudicial a este proceso administrativo, lo que provoca este análisis debido a que, por el tiempo que transcurriría en la tramitación del primero, se torna inaplicable el segundo; no obstante, tampoco se ha establecido una alternativa para poder terminar la relación laboral del servidor en sede administrativa, en el delito de peculado, que no sea después de un proceso administrativo sancionatorio.

En este contexto, es necesario que analicemos varios de los derechos involucrados dentro del procedimiento de sumario administrativo y la posible afectación a los mismos, ante la exigencia de que antes de iniciar el procedimiento, en el caso del literal c) del artículo 48, exista una sentencia ejecutoriada que sancione al servidor público por el delito de peculado.

Hay que resaltar que la resolución administrativa de destitución por causa del delito de peculado, inhabilita definitivamente al servidor público para volver a prestar sus servicios en la Administración Pública.

## **II.1. Derecho a la defensa**

De conformidad a lo que señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, defensa en derecho, es la “[...] Razón o motivo que se alega en juicio para

---

<sup>59</sup> Artículo 49, literal c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de miércoles 6 de octubre del 2010, p. 15.

contradecir o desvirtuar la pretensión del demandante [...]”<sup>60</sup> Es a la sazón, la forma en que una persona responde, se opone, contradice lo señalado por otra, dentro de un proceso judicial, para hacer valer sus argumentos.

La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-025/09, de 27 de enero de 2009, define con claridad al derecho a la defensa, considerándolo como:

“[...] la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado [...].”<sup>61</sup>

De igual manera, este derecho, está contemplado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, reconociendo a toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella, pero enfatiza, que es en materia penal.

El tratadista Néstor Pedro Sagués, haciendo una remembranza de los pronunciamientos emitidos por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, señala que al considerarlo como un derecho humano—refiriéndose al debido

---

<sup>60</sup> Página <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola/#sthash.QkHvBNJT.dpuf>, octubre de 2014.

<sup>61</sup> Sentencia C-025/09 de 27 de enero de 2009, de la Corte Constitucional Colombiana, referencia expediente D-7226, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. Demandante: Edgar Saavedra Rojas y otro; Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

proceso—se han determinado varias garantías que debe cumplir el procedimiento administrativo, esto es:

“[...] audiencia para la determinación de hechos y derechos [...] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loren Riebe y otros*); derecho a la representación legal, libremente escogida, a fin de preparar idóneamente la defensa del caso [...]; notificación previa sobre la existencia de un procedimiento administrativo [...] (doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ivcher Bronstein*); Derecho a una decisión fundada [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*); Publicidad de las actuaciones administrativas [...]; Cumplimiento de la administración de plazos razonables para tramitar y resolver [...] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay*); Revisión judicial de las actuaciones administrativas, en consonancia con los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, casos *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, y *Loren Riebe y otros vs. México*)”<sup>62</sup>

La Constitución de la República del Ecuador, también contempla el derecho a la defensa de todas las personas y establece una serie de garantías para que puedan ejercerla cuando están sometidas a un procedimiento legal en materia administrativa, civil o penal.

Es así que, nadie será privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento, además deben contar con el tiempo para la preparación de la misma, ser escuchados oportunamente y en igualdad de condiciones en un procedimiento público. Las partes pueden acceder a los documentos, a ser asistidos por un abogado de su elección, y, de ser necesario por un traductor, presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistidos y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, ser juzgados de

---

<sup>62</sup>Fundación, Konrad Adenauer, A.C., *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*; Néstor Pedro, Sagués, *El Procedimiento Administrativo. Perspectivas Constitucionales*, México, Konrad-Adenauer-Stung e. V., 2009, pp. 29 y 30.

forma independiente, imparcial y competente, las resoluciones deberán ser debidamente motivadas y pueden recurrir del fallo o resolución.<sup>63</sup>

En lo que compete a materia administrativa, serán considerados nulos los actos que se dicten contradiciendo las garantías señaladas.

Sentado esto, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, concordante con las normas constitucionales, la doctrina y la jurisprudencia, dispone cual es el procedimiento para instaurar un sumario administrativo y manda que se iniciará cuando llegare a conocimiento de una autoridad, funcionario o servidor la presunción de la comisión de una falta disciplinaria grave, en expresa aplicación del principio inquisitivo, ya que se impulsa de oficio, por cuanto es la Administración Pública quien va a emprender con la investigación.

Sin embargo, en el caso del delito de peculado, no existe la presunción del cometimiento de una infracción, sino la certeza de la existencia de un delito, ya que se debe iniciar el sumario administrativo para determinar la responsabilidad administrativa, con la sentencia ejecutoriada que declara la responsabilidad penal del servidor público.

No se pueden dar actos previos, como lo manda el Reglamento, porque ya existe el mandato de iniciar el proceso. Si bien se va a dar la autorización para que se levante el auto de iniciación del sumario, notificar a la persona y abrir el término de prueba, no cabe argumento alguno, si ya existe la prueba que contiene la responsabilidad del servidor.

Puede encontrarse asistido de un profesional del derecho, ser oído en el proceso de sumario como lo disponen la Constitución y el Reglamento de la LOSEP, pero la sentencia ejecutoriada, producto de la prejudicialidad, se convierte en una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, es responsable del delito de peculado, por lo que sí se ve afectado directamente el derecho a la defensa del servidor público en esta

---

<sup>63</sup>Véase: Numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 de lunes 20 de octubre de 2008.

causal, en consecuencia su seguridad jurídica, ya que se transgrede lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, que resuelve que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Cabe señalar además que, el artículo 92 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece, que las acciones que concede la Ley a la autoridad para imponer sanciones, que no tuvieren un término especial, prescribirán en noventa días, término que correrá desde la fecha en que dicha autoridad, tuvo conocimiento de la infracción.

En esa virtud, si la autoridad tuvo conocimiento de que se ha cometido una falta, que podría constituirse en delito de peculado, no puede iniciar acción administrativa, porque no cuenta con la sentencia ejecutoriada que dispone la Ley, sino por el contrario, está obligada a informar a la Contraloría General del Estado, para que inicie el examen previo para determinar los indicios de responsabilidad penal del servidor público y a la fiscalía para posteriormente iniciar el proceso penal por peculado.

Dos consecuencias se derivan de estas disposiciones, la primera, que prescribe el derecho que tienen las autoridades en sede administrativa, de determinar responsabilidades del servidor público, pues el esperar que exista sentencia ejecutoriada puede extenderse durante años, como consecuencia de los mismos derechos consagrados en la Constitución, especialmente el de recurrir del fallo. La segunda, que se haya terminado la relación laboral con el servidor a través de un proceso de sanción, pero por otra causal, por ejemplo el de incurrir en abandono injustificado del trabajo y no por el delito de peculado. En todo caso el derecho al debido proceso se ve afectado directamente, producto de normas que contienen disposiciones contrarias a las garantías constitucionales.

## **II.2 Derecho a la presunción de inocencia**

La Constitución de la República del Ecuador, declara en el numeral 2, del artículo 76, como una de las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia de toda persona, mientras no se compruebe su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

El Tribunal Constitucional del Ecuador, bajo la vigencia de la Constitución Política de la República del año 1998, ha decidido respecto a la presunción de inocencia, considerando que:

“[...] es un principio constitucional, jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla. Solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de una persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa. La presunción de inocencia es un principio de orden constitucional, y por lo tanto, integral al conjunto de garantías que gozan todos los habitantes de la nación. La Carta Magna establece que no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de probabilidad en la imputación, hasta que el Estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena [...]”<sup>64</sup>

También, la Corte Constitucional actual, ha resuelto en este sentido, manifestando que:

“[...] la presunción de inocencia constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, el mismo que lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio. Este principio se halla consagrado en la Constitución de la República, en el artículo 76, numeral 2, disposición según la cual no se puede considerar como culpable a una persona a quien se le atribuya un hecho punible, cualquiera sea el

---

<sup>64</sup>Resolución No 0796-2006-RA, Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Ecuador, E.E. 55 de 28 de abril de 2008, Edición Especial, de 29 de mayo de 2008.

grado de imputación, hasta que el Estado, por medio de sus órganos, pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena [...]”<sup>65</sup>

De los pronunciamientos contenidos en los fallos citados y la disposición constitucional anotada, se distinguen tres elementos: todos los ciudadanos de la república son inocentes; solo mediante un proceso o juicio se podrá determinar la responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas; y, debe existir resolución firme o sentencia ejecutoriada para considerar como culpable a cualquier ciudadano.

No obstante, se presenta un conflicto en lo que se refiere al sumario administrativo en el delito de peculado, por cuanto este proceso se inicia únicamente para finiquitar la relación administrativa laboral con el servidor público, culpable del delito de peculado. Porque desde que se enuncia la causal de destitución, “haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito”<sup>66</sup>, antes incluso del expediente administrativo, ya es responsable del cometimiento del ilícito; en esa virtud, si ya existe sentencia ejecutoriada y es culpable, el mismo juez penal – que en razón de la materia, es incompetente- debería declararlo fuera del servicio público, o en su defecto, como se realiza para el cumplimiento de reparación económica en los casos que resuelve la Corte Constitucional, el sumario debería instaurarse exclusivamente para la ejecución administrativa de la sentencia penal, es por tanto innecesario someter al servidor público a un proceso investigativo inoficioso.

En este contexto, sin embargo, cabe citar como ejemplo para nuestro análisis, el sumario administrativo Nro. 22, del año 2005, instaurado mediante auto de inicio de 7 de octubre del 2005, a las 15H00, por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en el

---

<sup>65</sup> Sentencia No. 029-10 SCN-CC, del Pleno de la Corte Constitucional de 18 de noviembre de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro.343, de 17 de diciembre de 2010.

<sup>66</sup> Artículo 48, literal c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, de miércoles 6 de octubre del 2010, p. 15.

mismo que se ha determinado mediante resolución 20, de 24 de noviembre de 2005, la responsabilidad del señor que denominaremos NN, concluyendo:

“[...] al haber incurrido en responsabilidad administrativa, su conducta se encuentra incurso dentro de los presupuestos de los literales c) e i) del artículo 49 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, por incumplir lo dispuesto en los literales e) y g) del artículo 24 del mismo cuerpo legal e incurrir en las prohibiciones de los literales k) y l) del artículo 26 de la Ley IBIDEM. **SEGUNDO.**- Por lo expuesto impongo, la sanción administrativa disciplinaria al señor [...], Técnico de Avalúos y Catastros 4, servidor de la Administración Zonal La Delicia, de DESTITUCION DE SU CARGO [...]”

No obstante, años más tarde, con sentencia de 15 de enero de 2010, a las 08H30, del H. Tribunal de Justicia de Garantías Penales, Primero del Distrito de Pichincha, dentro del juicio penal por concusión No. 32-2009, resuelve en la parte pertinente:

“[...] Analizadas las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas dentro de este juicio, el Tribunal estima que se ha comprobado conforme a derecho lo siguiente: Que el señor VR [...] con el propósito de obtener en forma segura la aprobación de planos y permisos de construcción, por recomendación de un amigo se contacta con el Ingeniero [...], quién a su vez recomienda al Arquitecto J [...] para que patrocine con su firma la aprobación de Planos de una casa de dos pisos, y una vez realizado este acto proceda a obtener los permisos de construcción, quedando el señor VR [...] mediante contrato verbal en entregar por estos trámites la cantidad de USD \$ 400, de los cuáles le había pagado USD \$ 200 y una memoria de unos USD \$ 50, quedando pendiente un saldo de USD \$ 150; es decir que el Ingeniero [...] actuó simplemente como intermediario ante tal situación. Durante la Audiencia de Juzgamiento el Tribunal pudo observar a través de un video proporcionado por Fiscalía, que efectivamente el día 25 de agosto del 2005 se le encontró al Ingeniero [...] en el bolsillo derecho de su pantalón cierta cantidad de dinero, que luego se pudo establecer que se trataba de la cantidad de USD \$ 200, pero el Tribunal así mismo, en el mentado video no pudo observar, el momento en que el señor [...] le entregaba la mentada cantidad juntamente con una carpeta de color verde según propia versión del denunciante [...] entonces queda totalmente claro que el arquitecto [...] si recibió el dinero, para luego entregárselo al Arquitecto J [...], de igual forma este Tribunal se pregunta si esos USD \$

200 con los cuáles fue sorprendido el acusado, posteriormente y de igual manera que el rubro anterior, iban a ser entregados al arquitecto J [...], para culminar con el trámite solicitado por el señor Reinoso [...] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se confirma la inocencia de [...], ciudadano de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil casado, [...] de 53 años de edad, instrucción superior, de profesión Arquitecto, domiciliado en San Fernando, de esta ciudad de Quito, provincia de Pichincha, y se dicta en su favor **SENTENCIA ABSOLUTORIA** y se dejan sin efecto todas las medidas cautelares dictadas en su contra en la presente causa No. 32-2009; [...].- La acusación presentada por el [...] Alcalde de Quito y [...] Procurador Metropolitano y Representante Judicial del mismo Municipio de Quito, en su contra no es temeraria ni maliciosa. <sup>67</sup>

Esta sentencia, es confirmada por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, con resolución de 13 de septiembre de 2011, a las 08H00, en la que después de hacer un análisis de la presunción de inocencia, la duda razonable y la institución pro reo, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal del Distrito de Pichincha y fundamentado por el Subrogante del Fiscal General del Estado, y se devuelve el proceso al inferior para el trámite de ley correspondiente.<sup>68</sup>

En este caso, no existe responsabilidad penal, pero esta resolución es posterior a la determinación de responsabilidad administrativa; y, ésta última, fue establecida conforme a lo que mandaba la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, entonces por un lado, al reconocer el principio de inocencia de toda persona, el juez y el tribunal penal dictan sentencia absolutoria del servidor público, pero de otra parte, la administración pública, en sede administrativa, ya lo consideró culpable. Esto provoca que la sanción disciplinaria carezca de sustento suficiente para mantenerse, porque no existe la certeza

---

<sup>67</sup> Sentencia del H. Tribunal de Justicia de Garantías Penales, Primero, del Distrito de Pichincha, de 15 de enero del 2010, a las 08H30, dentro del juicio penal por concusión, No. 32-2009.

<sup>68</sup> Véase: Sentencia de 13 de septiembre de 2011, a las 08H00, de la Primera Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Juez Ponente: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 185 Constitución de la República del Ecuador).

absoluta de responsabilidad penal, denotando si, independencia entre las acciones administrativa y penal, pero afectando en cierto modo la garantía constitucional.

En principio, esto nos permite concluir que debe prevalecer la prejudicialidad penal antes del proceso administrativo, que de ser el caso el sumario administrativo solo debe ser de ejecución de la sentencia penal, pues como está concebido actualmente denota que no hay claridad en el sistema legal para la determinación de responsabilidades administrativa y penal, afectando al principio constitucional de inocencia.

La presunción de inocencia, a la sazón, no solo es un principio del derecho procesal penal, sino una garantía Constitucional que resguarda al ciudadano del *ius puniendi*, acción punitiva del Estado.

Es reconocido también por los numerales 1 y 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que mandan, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; y, que tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.<sup>69</sup>

Por su parte, el numeral 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, reconoce que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Se torna vulnerable entonces, el derecho a la presunción de inocencia, frente al sumario administrativo, que se instauraba, antes de la determinación de la responsabilidad penal, con sentencia ejecutoriada.

---

<sup>69</sup>Véase: Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Pero, también se lo vulnera si se inicia el procedimiento sancionador, denominado sumario, posteriormente a la emisión de la sentencia, ya que el servidor público comienza un procedimiento de investigación procesal, siendo responsable del delito de peculado, por lo que surge una interrogante, ¿qué sentido tiene el iniciar un proceso cuando la administración pública sabe de antemano que el servidor es culpable?, procesalmente convendría más bien considerarlo como un proceso administrativo de ejecución de la sentencia penal, debidamente reconocido así por la legislación vigente.

### **II.3 Derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa**

En la legislación en general, provoca una serie de inconvenientes la diferenciación de las infracciones en materias administrativa y penal, ya que no solo deriva en inconvenientes con el tema de la prejudicialidad, sino en una discusión político jurídica, en relación a la división de funciones; pasa por la diversidad de normas emitidas en las diferentes legislaciones, donde existen códigos administrativos que incluyen el derecho administrativo disciplinario; y, la diversa jurisprudencia; sino que, el principio *non bis in idem* se hace presente también en esta discusión.

El principio *non bis in idem* se deriva del latín "no dos veces por lo mismo"<sup>70</sup>, este prohíbe la imposición de dos sanciones por la misma causa, "[...] se traduce en « una regla de Derecho que pretende evitar una pluralidad de efectos jurídicos sobre un mismo sustrato real»; o, en otros términos, y de forma deliberadamente reduccionista, tendentes a evitar una duplicidad de sanciones por unos mismos hechos[...]"<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup>Véase: "Locución latina que contiene un axioma cuyo sentido es que una infracción no se ha de sufrir más de una persecución; es decir que no se puede nuevamente ser acusado de una infracción de la que ya fue juzgado y absuelto." Resolución No. 0195-07-RA de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, de 13 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial E.E. 101, de 13 de febrero de 2009.

<sup>71</sup>José, Muñoz Lorente, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, España, Edita La Ley, 2001, pp. 18 y 19.

Ahora bien, cuando las materias penal y administrativa, se ven vinculadas, por ejemplo dentro de las actividades propias de los servidores públicos, de un lado tenemos el reconocimiento constitucional de las responsabilidades tanto penal como administrativa, como dos cosas distintas, y de otro lado:

la necesidad de “[...] impedir que una persona pueda ser sancionada de manera sucesiva, simultánea o reiterada por un hecho que fue sancionado por otra autoridad administrativa o una judicial, específicamente en el ámbito penal. Sobre el particular Morón Urbina<sup>72</sup> indica lo siguiente, ‘*La incorporación de este principio sancionador presupone la existencia de dos ordenamientos sancionadores en el Estado que contienen una doble tipificación de conductas: el penal y el administrativo, y, además, admiten la posibilidad que dentro del mismo régimen administrativo exista doble incriminación de conductas. Precisamente este principio intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal [...]*’<sup>72</sup>

En el derecho español, en un primer momento se ha reconocido la independencia del derecho administrativo sancionador “[...] cuya consecuencia más espectacular consiste en la posibilidad de sancionar dos veces la misma conducta, lo que fue aceptado durante mucho tiempo tanto por la legislación como por la jurisprudencia [...]

No obstante, a partir de dos sentencias constitucionales hito, del año 1981, se ha cambiado esta línea, señalando en la primera, de 30 de enero, que se evitará la duplicidad de sanciones, administrativa–penal en los caso en que haya identidad del sujeto, hecho y

---

<sup>72</sup>Daniel, Ruiz Cernades, *El Principio NON BIS IN IDEM en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal*, Abogado de Macrocorp Perú S.A., Asesoría Empresarial, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, [www.derechoycambiosocial.com/.../non%20bis%20in%20idem.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/.../non%20bis%20in%20idem.htm)

<sup>73</sup> Luis, Prieto Sanchis, *La jurisprudencia Constitucional y el Problema de las Sanciones Administrativas en el Estado de Derecho*, página 115 (17), [http://www.alfonsozambrano.com/corte\\_constitucional\\_ec/doctrina/100411/dpc-jurisprudencia\\_constitucional\\_sanciones.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/100411/dpc-jurisprudencia_constitucional_sanciones.pdf), 25 de octubre de 2014.

fundamento<sup>74</sup>; y, la segunda, que reconoce que si bien existen diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es pertinente que “con ciertos matices” se apliquen los principios del primero al segundo<sup>75</sup>. Posteriormente estas sentencias han sido confirmadas por otros fallos.

Además, hoy en día, la legislación española ya ha dispuesto que, si se determina la existencia de un delito, una vez iniciado el expediente administrativo, este se suspenderá hasta la resolución judicial, para evitar los daños que puede causar una sanción sin los suficientes elementos de juicio, y de otra parte “[...] el propio Tribunal Constitucional en la STC de 3 de octubre de 1983 declara que: <<La cosa juzgada despliega en efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema...>>[...]”<sup>76</sup>.

En la legislación peruana, de conformidad con lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No 27444, artículo 230, numeral 10, reconoce como principio de la potestad sancionadora al non bis in idem y dispone: “[...] No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento [...]”<sup>77</sup>, presupuestos que son análogos a la legislación española.

Para confirmar lo señalado, más adelante, en el numeral 2 del artículo 234, considera como caracteres del procedimiento sancionador “[...] que los hechos declarados

---

<sup>74</sup> Véase: Sentencia No. 2/1981, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, de 30 de enero de 1981, <http://tc.vlex.es/vid/1-i-25-2-3-15034948>, 25 de octubre de 2014.

<sup>75</sup> Véase: Sentencia No. 18/1981, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, de 8 de junio de 1981, <http://tc.vlex.es/vid/9-as-15-29-14-30-53-21-7-8-105-15034932>, 25 de octubre de 2014.

<sup>76</sup> Alberto, Palomar Olmeda, *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, Décima Edición, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2013, p. 658.

<sup>77</sup> Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, República del Perú, [www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010\\_LEY\\_N\\_27444.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010_LEY_N_27444.pdf), 20 de octubre de 2014.

probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores.”<sup>78</sup>.

Sin embargo, en el artículo 243, autonomía de responsabilidades, expresamente manda que: “[...] las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación [...]”; y, en el artículo 243.2, reconoce que los “[...] procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.”<sup>79</sup>.

Esto significa, que en la señalada legislación, si bien reconoce expresamente el derecho a no ser sancionado dos veces por la misma causa, es confuso al establecer, si el derecho penal y el administrativo son independientes.

En la legislación Costarricense, en cambio se considera que:

“[...] el Derecho Disciplinario es autónomo. Las sanciones disciplinarias son independientes de las sanciones penales, hay independencia en perseguir disciplinariamente y en perseguir penalmente.

Sólo las establecidas por sentencia firme por el Juez Penal, relativas a la existencia o a la inexistencia de los hechos, ligan a la Autoridad disciplinaria.[...] Las medidas disciplinarias deben ser distinguidas de las medidas administrativas, que contrariamente a la primera, no son tomadas a título de sanción, sino en el interés del servicio.”<sup>80</sup>

Hay que resaltar que en la mencionada legislación, no se reconoce el principio non bis in idem, entre la sanción administrativa y la sanción penal, porque considera a las

---

<sup>78</sup> Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, República del Perú, [www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010\\_LEY\\_N\\_27444.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010_LEY_N_27444.pdf), 20 de octubre de 2014.

<sup>79</sup> Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, República del Perú.

<sup>80</sup> Op. cit. Enrique, Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, p. 378.

acciones administrativas como actividades en beneficio del servicio, mas no como actos jurisdiccionales.

En el Ecuador, la Constitución de la República del Ecuador, contiene este principio en el artículo 76, numeral 7, literal i) y manda como garantía del derecho a la defensa de las personas, que "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"<sup>81</sup>. En esta disposición se advierte el reconocimiento de cosa juzgada con la jurisdicción indígena, pero no con la materia administrativa, donde se encuentra el derecho administrativo sancionador.

Por su parte, el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional, se han pronunciado respecto al principio non bis in idem, especialmente en sentencias de amparo constitucional propuestas por policías y militares, en las mismas que, en razón de la existencia de dos normas administrativas que contenían sanciones, se ha considerado que se estaba violando la garantía de no ser sancionado dos veces por la misma causa.

En las mismas sentencias, se ha enunciado que el non bis in idem es un principio universal de derecho penal, que no está "[...] reducido al campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también aplicable a la adopción de cualquier tipo de resoluciones que produzcan en las personas un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos [...]"<sup>82</sup>.

El Tribunal ha reconocido también, que en el marco de la Constitución de 1998, el derecho a no ser sancionado por la misma causa, "es de aplicación directa e inmediata"<sup>83</sup>, ya que en virtud de la supremacía constitucional "[...] no requiere de la normatividad jurídica secundaria para su procedibilidad, siendo su ámbito de acción ilimitada en razón de la materia ya que es aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales

---

<sup>81</sup>Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449 de lunes 20 de octubre de 2008.

<sup>82</sup> Resolución No. 0813-2006-RA, de 16 de abril de 2008, de la Segunda del Tribunal Constitucional, Ecuador, publicada en Registro Oficial E.E. 55 de 29 de mayo de 2008.

<sup>83</sup>Resolución No. 0813-2006-RA, de 16 de abril de 2008, de la Segunda del Tribunal Constitucional, publicada en Registro Oficial E.E. 55 de 29 de mayo de 2008.

o administrativas que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada [...]”<sup>84</sup> Esta declaración, hace indiscutible que se ha reconocido la existencia del principio non bis in idem, entre las materias penal y administrativa, pero también la presencia de cosa juzgada entre las mismas.

Igualmente, el Tribunal distingue el desarrollo del estado ecuatoriano hacia un estado Constitucional, el respeto a los derechos humanos y enuncia en una de las resoluciones a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de España de 1981, citada en líneas anteriores, mostrando que el principio es efectivo cuando en la aplicación de las sanciones administrativa y penal, hay identidad del sujeto, hecho y fundamento<sup>85</sup>; pero además declara que existen dos vertientes, una material y otra procesal, es decir, no se podrá, por un lado, sancionar, ni, por otro, enjuiciar a la persona dos veces por la misma causa, ya que esto constituiría en una desproporcionada *punición* del Estado frente al transgresor.<sup>86</sup>

De otro lado, se ha hecho también una distinción, aunque superficial, entre el derecho penal y el derecho disciplinario, considerando que este último se constituye:

en “[...] una parte del Derecho Sancionatorio que regula las sanciones que la

---

<sup>84</sup>Op. cit. Resolución No. 0813-2006-RA de 16 de abril de 2008, de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional.

<sup>85</sup>Véase: Resolución No. 0779-06-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, Ecuador, de 27 de junio de 2007, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 125 de 12 de julio de 2007; y, Resolución No. 0142-2006-RA, de 26 de marzo de 2008, de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, E.E.51 de 7 de mayo de 2008.

<sup>86</sup>Véase: “*El principio non bis in idem, inobservado por los demandados, cuenta con una doble dimensión: En su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho. En efecto, la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras que en su dimensión procesal se había establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad. Es decir, todo esto tiene su fundamento en la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: “no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.* Resolución No. 0004-2008-RA, de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.386, de 22 de julio de 2008.

autoridad administrativa impone por faltas, sean estas acciones u omisiones, en relación a los deberes en el marco de la actividad propia. La falta disciplinaria atenta contra bienes institucionales antes que sociales. En el caso de los miembros de la policía, las faltas disciplinarias atentan contra la disciplina y el servicio necesario para el adecuado funcionamiento de la institución policial. En este sentido se impone el Derecho Disciplinario que tiene una dimensión preventiva puesto que mediante la sanción lo que se busca es preservar un orden institucional definido.”<sup>87</sup>

Ahora, más específicamente, en el caso del servidor público que ha incurrido en el cometimiento del delito de peculado, si bien la Constitución de la República del Ecuador, demuestra, como ya lo hemos visto, la existencia tanto de la materia administrativa, como la penal, y prevee sanciones en uno y otro caso, debemos analizar si desde la identidad del sujeto, el hecho y el fundamento tienen relación y si se afecta al non bis in idem.

El peculado, conforme lo disponía el Código Penal anterior, en su artículo 257, lo perpetraban los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público. Hoy en día el Código Integral Penal, manda en el artículo 278 que el responsable del delito es el servidor público.

La Ley Orgánica del Servicio Público, que es el cuerpo legal que norma las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, dispone en su artículo 41, que los sujetos de responsabilidad por incumplimiento de las normas ahí dispuestas, son los señalados dependientes, por tanto, el sujeto de las sanciones en el delito de peculado, tanto en materia penal, como en materia administrativa, es un servidor público, la identidad del sujeto es la misma.

El hecho y el fundamento en materia penal, es abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles y dineros públicos, en consecuencia cometer peculado; y, en la determinación de responsabilidad administrativa,

---

<sup>87</sup>Resolución No. 0028-2007-AA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Ecuador, de 14 de febrero de 2008, Registro Oficial E.E. 21, de 28 de febrero de 2008.

en razón de las disposiciones legales establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público, si es declarado culpable en materia penal, corresponde iniciar el sumario administrativo, por el mismo delito de peculado, para ser sancionado con la destitución. Es decir, el sujeto, los hechos, y el fundamento de las sanciones penal y administrativa, son los mismos.

Hay que recordar sin embargo que, en materia penal se resguarda el bien jurídico que es un recurso público, y en el segundo, el bien jurídico es la calidad de servidor público en uso del bien público, no obstante, si afecta al principio constitucional non bis in idem y a otros como el principio de inocencia, como ya lo habíamos enunciado.

De ello se concluye que, no podrían convivir la responsabilidad administrativa del derecho sancionador y la penal, en el delito de peculado, por cuanto las dos materias sancionan sobre el mismo hecho.

#### **II.4. Derecho a la impugnación de los actos administrativos en sede judicial**

La Constitución de la República del Ecuador, de forma general, manda como garantía del debido proceso de las personas, en el literal m), numeral 7, del artículo 76, el recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

El antecedente, radica principalmente en el derecho de impugnación que es una facultad “que la ley les otorga a las partes para que, al atacar las providencias de los jueces, procuren corregir sus errores por medio de los recursos.”<sup>88</sup> Pero además, en el denominado derecho del doble conforme, mediante el cual, el sentenciado, de no estar de acuerdo con el fallo que lo perjudica, busca en un órgano superior la revisión de su sentencia. De esta forma el Estado trata de legitimar sus actuaciones jurisdiccionales.

---

<sup>88</sup>Benigno Humberto, Cabrera Acosta, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Colombia, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1996, p. 74.

Tanto el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), para las Instituciones del Gobierno Central y los Gobiernos Seccionales Autónomos, respectivamente, denominan a las acciones que de ella se derivan, como contratos administrativos, hechos administrativos, actos de simple administración y actos administrativos –por ejemplo la resolución de sumario administrativo– y de éstos últimos, se puede recurrir, ya sea por medio de recursos administrativos o en sede judicial.

La Ley Orgánica del Servicio Público, reconoce por tanto a la servidora o servidor públicos, destituidos, el derecho a *demandar* o *recurrir* ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, o ante los jueces o tribunales competentes, la reparación de los derechos que manda la Ley.

En esa virtud, la garantía de revisión de las actuaciones de la Administración Pública, se lo hace ante el órgano jurisdiccional, de características especiales creado para ese efecto, que se le denomina “[...] a través de las expresiones: contencioso-administrativo, jurisdicción administrativa, proceso administrativo, administración contenciosa, etc., todas las que pertenecen al ámbito judicial [...]”<sup>89</sup>; y, “[...] que se encarga de conocer y resolver los conflictos surgidos de la actividad de la Administración, convirtiéndose por tanto en el juez natural de la misma [...]”<sup>90</sup> El objetivo principal, es demostrar los vicios de que adolece el acto administrativo, por sobre la legitimidad de que está investido, como lo determina la doctrina y la ley.

Nicolás Granja Galindo, cita al tratadista José Roberto Dromi, quien define al proceso administrativo como “[...] el medio instaurado para dar satisfacción jurídica, con intervención de un órgano judicial, a las pretensiones de los administrados afectados en

---

<sup>89</sup>Nicolás, Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2006, p.386.

<sup>90</sup>Ciro Norberto, Güechá Medina, *Derecho Procesal Administrativo, Primera Parte*, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004, p. 115.

sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad administrativa del Estado y a las pretensiones de la Administración respecto de los actos que no pueden revocar.”<sup>91</sup> Pero, no solo se encuentran sometidos a este régimen los usuarios de las prestaciones de las instituciones del poder público, sino también los dependientes de las mismas, denominados servidores.

No hay que olvidar, que los servidores públicos también pueden recurrir a la justicia constitucional, a través de la interposición de acciones de protección o incumplimiento, cuando consideren violentados sus derechos.

En consecuencia, habiendo establecido no solo la necesidad, sino la obligatoriedad a la que se ve sometida la Administración Pública, para que se revisen sus actuaciones que pueden estar viciadas, en aplicación del derecho de impugnación de los actos administrativos en sede judicial, en el Ecuador, cuando el derecho subjetivo ha sido vulnerado, procede la presentación de un recurso de plena jurisdicción o subjetivo y el procedimiento está sometido en términos similares a lo dispuesto para el juicio ordinario, demanda; contestación a la demanda y excepciones; prueba; alegatos y sentencia.

Ahora bien, bajo la hipótesis que se inicie un sumario administrativo, sobre la base de una sentencia ejecutoriada, por el delito de peculado, y que este concluya, como es de esperarse, determinando responsabilidad administrativa, la consecuencia es la destitución del servidor; en ese caso, el mismo tiene derecho a la correspondiente impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, de la conjetura que hemos hecho y de prosperar la destitución, afectados como están, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa (*non bis in idem*), el resultado lógico sería la

---

<sup>91</sup>Op. cit., Nicolás, Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, p.393.

confirmación de la actuación en sede administrativa, salvo que hayan violaciones procesales en el expediente de sumario administrativo.

En conclusión, si prospera el expediente administrativo hasta la resolución de destitución, en base a la sentencia ejecutoriada de responsabilidad penal del servidor por peculado, actualmente si puede presentar su acción contencioso administrativa, no obstante, de no existir violaciones al debido proceso, constituye un desgaste innecesario de la administración de justicia, cuando el juez penal al tiempo de determinar la responsabilidad del sujeto, podría declarar extinguida su calidad de servidor público y terminar la relación de dependencia con el Estado.

## CAPÍTULO III

### Responsabilidad penal y responsabilidad administrativa en el delito de peculado

En principio, se entiende a la *responsabilidad* como un valor que le permite al ser humano analizar y aceptar las consecuencias de sus actos, “de un hecho o de una conducta”<sup>92</sup>, frente a lo señalado como correcto por la comunidad. Es un término muy utilizado en todos los ámbitos de la vida y de uso común en las relaciones sociales, políticas, religiosas, además en el ámbito del derecho y la moral.

El desarrollo del derecho como tal, no tendría un sustento sin el establecimiento de la responsabilidad, pues en todos los ámbitos del quehacer jurídico, administrativo, civil, penal, laboral, si bien, por un lado, supone el nacimiento de obligaciones, el sujeto que no cumple con la normativa establecida por la sociedad y materializada en la Constitución, los códigos y leyes, se le determina una responsabilidad y responde por las culpas provenientes de esos actos.

La responsabilidad jurídica entonces, es la forma en que el Estado regula a sus ciudadanos, creando normas que regulen su comportamiento. Frente al incumplimiento, les impone una pena; en el caso del cometimiento de una infracción, con una multa; frente a la perpetración de un delito, con privación de la libertad; y, en el caso de infracciones administrativas, en nuestra legislación, la consecuencia es, una multa, la suspensión en su trabajo y remuneración, o la destitución del cargo, ya que “los servidores de la administración pública central, institucional o seccional tienen el deber de responder por los actos ejecutados en el servicio público, por acción u omisión.”<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup>Jorge Enrique, Ayala Caldas, *La Responsabilidad de los servidores públicos*, Bogotá Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006, p. 1

<sup>93</sup>Hernán, Jaramillo Ordóñez, Dr., *Manual de Derecho Administrativo*, Ecuador, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p.295.

Esta fuerza coercitiva, orientada hacia el sujeto, busca la rehabilitación del derecho violado y se la puede clasificar en responsabilidad sancionadora o penal, civil o subjetiva y civil u objetiva; dentro de la primera, incluye a la responsabilidad administrativa sancionadora.

Por lo tanto, “[...] la responsabilidad es una garantía para los administrados en general y, al propio tiempo, una herramienta de vital importancia para exigirle a las administraciones públicas su conformidad con los principios de eficacia y eficiencia en el despliegue de sus actuaciones o funciones y, por consiguiente, elevados estándares de rendimiento o desempeño [...]”<sup>94</sup>

El autor Abraham Sanz Encinar, de la Universidad Autónoma de Madrid, señala que el concepto del Diccionario de la Lengua Española, que establece a la responsabilidad como “[...] la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal [...]”<sup>95</sup>, no satisface completamente, porque si bien reconoce la responsabilidad subjetiva y la objetiva, este concepto mas bien es de carácter civilista ya que “[...] no recoge la responsabilidad penal que surge de la realización de un ilícito penal consistente en el quebrantamiento de una norma penal y que da lugar a una sanción determinada [...]”<sup>96</sup>. Concluye que a la responsabilidad no se la puede calificar como “[...] mera deuda u obligación de satisfacer los daños causados”<sup>97</sup>.

Enfocando así a la responsabilidad, en este capítulo, es importante enunciar las diferencias entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, y lo relacionado a la infracción administrativa y el delito, ya que se evidencia los esfuerzos de

---

<sup>94</sup>Eduardo, Ferrer Mac-Gregor; Arturo, Zaldívar Lelo de Larrea y otros, *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, SA, 2010, p.382.

<sup>95</sup>Abraham, Sanz Encinar, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, España, Universidad Autónoma de Madrid, 2014, página 28, [www.uam.es/.../ElconceptojuridicoderesponsabilidaddenlaTeoriaGenerald,dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=284002](http://www.uam.es/.../ElconceptojuridicoderesponsabilidaddenlaTeoriaGenerald,dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=284002), p. 28, 26 de octubre de 2014.

<sup>96</sup>Op. cit., Abraham, Sanz Encinar, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 28.

<sup>97</sup>Op. cit., Abraham, Sanz Encinar, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 28.

la doctrina por hacer una verdadera diferencia entre estas dos materias, que además se ven vinculadas por la prejudicialidad y conflictuadas porque al momento en nuestro país, no existe un Código Administrativo, que pueda vislumbrar de forma más evidente la contradicción.

### **III.1 La responsabilidad administrativa en el proceso administrativo, producto de la declaratoria de culpabilidad en el delito de peculado**

La administración pública es la gestión, dirección o gerencia de los bienes y servicios del Estado a favor de la colectividad, la ejecutan los servidores públicos que se encuentran en los organismos que lo conforman.

Los servidores públicos, son el elemento humano de la administración pública, investidos de la delegación o representación del Estado.

En razón de su ingreso a las instituciones públicas, pueden ser autoridades de elección popular, funcionarios que ocupan cargos de dirección, servidores de carrera que han ingresado por concurso de méritos y oposición o trabajadores, los mismos que deberán haber recibido una designación, nombramiento o contrato que los vincule y genere una relación jurídica con el ente gubernamental.

Su relación en el Ecuador está normada, de una parte, por la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento; y de otra por el Código del Trabajo, sin embargo en su quehacer diario están obligados al cumplimiento de la Constitución, Leyes, Reglamentos, Ordenanzas, Decretos, etc., además de toda la normativa que rige tanto para el gobierno central, ministerios, secretarías, como para los gobiernos seccionales autónomos, ya sean estos, consejos regionales, consejos provinciales, concejos metropolitanos, municipales y juntas parroquiales. Sus funciones, están sujetas también a los órganos de control establecidos por la Constitución, esto es, la Función de Transparencia y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del

Estado y las Superintendencias.

En este marco, el objetivo que persigue la administración pública y sus servidores, es obtener el correcto funcionamiento de los servicios para satisfacción colectiva y lograr el bien común, pero si existe un incumplimiento o violación de los deberes y obligaciones estipuladas en la normativa legal, se genera responsabilidad.

Para Enrique Groisman y Emilia Lerner, en la obra *la Responsabilización en la Nueva Gestión Pública Latinoamericana*, la responsabilidad administrativa "[...] surge cuando se transgreden normas, instrucciones, órdenes de servicio o deberes éticos [...]"<sup>98</sup>. De allí que los servidores que prestan sus servicios para el Estado están sujetos a un régimen disciplinario cuando incumplen disposiciones legales o reglamentarias.<sup>99</sup>

Se dice también que el papel que la burocracia desempeña, en los regímenes democráticos es "[...] obedecer las órdenes de las autoridades superiores [...] Deben cumplir con la voluntad pública que está expresada, representada y dirigida por estas autoridades."<sup>100</sup>, limitando el cumplimiento de dichas órdenes, jerárquicamente superiores, a lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

De lo dicho surgen varios criterios, el principal, que exige a los servidores, la obediencia estricta no solo a las disposiciones de las autoridades sino a la ley, el denominado formalismo jurídico; de otro lado, la gestión que otorga cierta libertad o discrecionalidad en el actuar del servidor público, conocido como pluralista y participativo; y, finalmente, el que habla del bien común pero desde una perspectiva mas

---

<sup>98</sup>Estudio Coordinado por el Consejo Científico del Clad, *La Responsabilización de la Nueva Gestión Pública Latinoamericana*, Universidad de Buenos Aires, primera edición 2000, Argentina, editado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, p. 80.

<sup>99</sup>Véase: "Por tanto, el funcionario o empleado público está sometido al régimen disciplinario establecido por el Estado para el desempeño de su función; estando todo empleado público obligado a desarrollar sus actividades de acuerdo con los derechos, deberes y prohibiciones a que está sometido; siendo la responsabilidad administrativa la consecuencia de la infracción de las disposiciones legales o reglamentarias a las que está sometido." Resolución No. 0823-06-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 2007, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 136 de 27 de julio de 2007; y, Resolución No. 0119-2008-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 2008, Ecuador, publicada en el Registro Oficial Edición Especial Nro. 87, de 11 de diciembre de 2008.

<sup>100</sup>Jhon P., Burke, *Responsabilidad Burocrática*, Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1994, p. 23.

bien filosófica y moral, generando un debate entre lo concerniente al revestimiento de legitimidad en las disposiciones emitidas por las autoridades y la desobediencia positiva en ciertos casos, para el correcto desenvolvimiento institucional.

Ergo, la responsabilidad administrativa se ve inmersa no solo en la configuración legal sino en “[...] una serie de derechos fundamentales de los administrados tales como el de la intangibilidad del patrimonio, al buen funcionamiento de los servicios públicos, el de igualdad y el resarcitorio de cualquier lesión antijurídica que sufran en su esfera patrimonial o extrapatrimonial como consecuencia de una actuación u omisión administrativa.”<sup>101</sup>

### **III.1.1. Elementos de la infracción administrativa en el proceso de sumario en el delito de peculado**

Frente al incumplimiento, se genera el ilícito administrativo, lo que significa la violación del orden establecido. En nuestra legislación, la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone en su artículo 41 que la servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de la Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, “incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.”<sup>102</sup> Asimismo, que la sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso.

La disposición citada, reconoce la existencia independiente de las responsabilidades, administrativa, civil y penal, entendiendo que la responsabilidad administrativa y su consecuente sanción, no solo implica el ámbito administrativo sino el

---

<sup>101</sup>Eduardo, Ferrer Mac-Gregor; Arturo, Zaldívar Lelo de Larrea y otros, *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, Editorial Porrúa, SA, 2010, p.382.

<sup>102</sup>Ley Orgánica del Servicio Público, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de miércoles 6 de octubre del 2010, p. 14.

resarcimiento de los daños y perjuicios en materia civil y la responsabilidad penal. También determina la existencia de los elementos constitutivos de la infracción administrativa, estos son acto u omisión, sujetos y objeto.

El acto u omisión se refiere al hacer, o no hacer lo dispuesto en las normas que rigen para el sector público, pero no solo la actividad humana o su inacción, sino fundamentalmente la concurrencia de la voluntad de incurrir en incumplimiento de las normas constitucionales y legales.

En la Ley Orgánica del Servicio Público, no se hace mención a la omisión del servidor público, solo a la acción, sin embargo en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, si se considera la existencia de responsabilidades de los servidores que han incurrido en omisión en el desarrollo de sus funciones.

Otro de los elementos son los sujetos activo y pasivo. El primero siempre será el servidor público, aquella persona que se encuentra prestando sus servicios de cualquier forma o a cualquier título dentro de la administración del Estado, como lo manda el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, pero no solo es parte de la misma, sino que jerárquicamente está obligado al cumplimiento de ciertas obligaciones. El sujeto pasivo es la Institución Pública, en donde cumple su trabajo el servidor o trabajador

Finalmente, tenemos al objeto, que es “[...] la disciplina en el ejercicio de la función pública, la materia en que se manifiesta, con el propósito de mantener el orden para llegar a los objetivos de la organización”<sup>103</sup>; y en el caso en que el orden haya sido quebrantado, para restablecerlo se procede a la sanción a través del procedimiento disciplinario.

De allí que, en teoría, el proceso de sumario administrativo, en general, de

---

<sup>103</sup>Luis Humberto, Delgadillo Gutiérrez, *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, México, Editorial Porrúa, 2005, p.115.

conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, se inicia cuando viene a conocimiento de una autoridad, funcionario o servidor la presunción de la comisión de una falta disciplinaria grave, la misma información llega para el análisis de la Unidad de Talento Humano de la Institución, aplicando ciertamente el principio de oportunidad.

Una vez analizados los hechos, se informa a la autoridad nominadora sobre la procedencia de iniciar el expediente, conocidos estos hechos la autoridad de encontrarse en conformidad dispondrá su inicio.

Se dictará el auto de llamamiento a sumario, que contendrá los hechos y el fundamento correspondiente, la incorporación de los documentos que sustentan el procedimiento, el término para que se de contestación al mismo, la obligación de comparecer con un abogado, señalar casillero y finalmente el nombramiento de un secretario Ad- Hoc. Este documento deberá ser debidamente notificado al servidor.

En el caso del delito de peculado, como dispone la Ley Orgánica del Servicio Público, el fundamento de inicio es el conocimiento de la sentencia ejecutoriada que le declara al servidor, funcionario o trabajador, responsable del ilícito.

Posteriormente, el artículo 94 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone la contestación al sumario, señalando que “[...] recibida la notificación la o el servidor, en el término de 3 días, contestará al planteamiento del sumario, adjuntando las pruebas de descargo que considere le asisten”<sup>104</sup>. Pero, si en el delito de peculado el antecedente de inicio del sumario administrativo es la sentencia ejecutoriada, ¿qué pruebas de descargo podría presentar el servidor público?, este documento certificado se constituiría en prueba plena, no habría forma de rebatir la responsabilidad para evitar la sanción administrativa.

Más adelante y para complementar el procedimiento, la audiencia oral para

---

<sup>104</sup>Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, Decreto Ejecutivo 710, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 1 de abril de 2011.

sustentar las pruebas de cargo y de descargo, le dejan al servidor público en estado de indefensión, ya que el antecedente fáctico, que es la sentencia ejecutoriada en otra instancia, producto de la prejudicialidad, es, al menos en teoría, irrevocable, la consecuencia evidente es entonces la declaratoria de destitución del cargo.

La responsabilidad administrativa en el delito de peculado existe y se la debe establecer en razón del incumplimiento de normas y disposiciones de carácter constitucional, legal, reglamentario y disciplinario; y, porque se encuentra tipificada la falta, no hay excusa para no iniciar el procedimiento; pero conforme ha sido planteada no es aplicable, ya que si se lo hace, nace viciado el procedimiento, porque el servidor ya es culpable del delito de peculado, antes de iniciar la acción administrativa, debido a que el fundamento, el sujeto y el objeto son los mismos que en la acción penal.

Con el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidad administrativa, se destruye las garantías de presunción de inocencia, el derecho a la legítima defensa y estos hechos se tornan improbables, en razón que a la fecha del inicio del proceso administrativo, el responsable en materia penal habría sido condenado y preso; y, en el hipotético caso que se encontrare libre el resultado es, responsable de la falta administrativa.

### **III.2 La responsabilidad penal en el proceso judicial que determina la existencia del delito de peculado.**

La responsabilidad es una consecuencia jurídica; es la respuesta frente al cometimiento de un hecho típico antijurídico; frente a una conducta desaprobada y tipificada como infracción.

“[...] la responsabilidad penal significa la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo, es decir, un reproche. Por consiguiente, dejando a un lado las críticas realizadas por el determinismo, la responsabilidad penal ha de

sustentarse sobre la culpabilidad, ya que, para poder imputar la responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión.”<sup>105</sup>

En consecuencia, cuando hubiera llegado a conocimiento de la autoridad la *notitia criminis*, en cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades y consustancialmente al principio de legalidad, deberá iniciarse el proceso penal de investigación<sup>106</sup> y un juez investido de jurisdicción y competencia, de encontrar mérito procederá a la sanción correspondiente.

En el caso de las infracciones contra la administración pública, “la responsabilidad penal corresponde a la comisión de un delito, y cuando media, la existencia de dolo generalmente implica, como accesoria, la inhabilitación para ejercer cargos públicos.”<sup>107</sup>

El acto delictivo, no solo perjudica al Estado, sino que también genera la determinación de responsabilidades administrativas y civiles, por los daños ocasionados, lo que además genera la necesidad de restituirlos. “El alcance de esta obligación varía según los diferentes regímenes jurídicos, y se discute si el estado-responde en forma directa o indirecta por esos daños. Quienes sustentan la primera posición, alegan que el funcionario es un órgano del Estado y, por consiguiente, sus actos son imputables a este último (Gordillo, 1963).”<sup>108</sup> Hecho que se torna contradictorio, pues el Estado es el perjudicado por la acción indebida de su servidor o trabajador.

Ahora bien, si la responsabilidad es un reproche o pena ante una conducta antijurídica del individuo, es preciso establecer brevemente que es el delito de peculado.

---

<sup>105</sup>Op. cit., Abraham, Sanz Encinar, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, p. 29.

<sup>106</sup>Véase: María Isabel, Romero Pradas, *El Sobreseimiento*, Sevilla, España, Edita Tirant lo Blanch, 2002, pp. 21 y 22.

<sup>107</sup>José Daniel, Cesano, *Cuestiones de prejudicialidad penal*, Córdoba, República Argentina, Ediciones Alveroni, 2001, pp. 14 y 15.

<sup>108</sup>Op. cit., José Daniel, Cesano, *Cuestiones de prejudicialidad penal*, pp. 14 y 15.

Existe un sin número de concepciones, dadas por diversos autores que citan su origen latino, sin embargo no se ponen de acuerdo, en cuanto a cuál es su acepción, así señalan que se deriva del término “*peculium*, que significa caudal”<sup>109</sup>; que se deriva del latín “*peculatus publicus*”, que significa el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado”<sup>110</sup>; y, aquel que establece que peculado se deriva:

“[...] de pecus, que significa ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaba su ordenamiento económico en el pastoreo, como elemento de pago o cambio, apareciendo en su origen como una forma agravada de hurto [...], posteriormente se entendió principalmente por peculado toda sustracción de metales o de monedas, en perjuicio del aerarium del pueblo romano o de otra caja pública, cometida la más de las veces, aunque no necesariamente por magistrados o sus dependientes. La noción de peculado abrazaba no sólo el hurto en sentido propio, sino también la apropiación indebida, y particularmente la del dinero debido al erario público por los funcionarios contables, en la suma resultante de la rendición de cuentas (*pecuniae residuae*)”<sup>111</sup>

Estos autores citan también a otros como Maggiore, que define al peculado como “la apropiación del dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes.”<sup>112</sup>.

Finalmente, se señala que el peculado era un término utilizado para definir al hurto de dinero o cosas romanas que eran consideradas sagradas, actos realizados ya sea por los encargados de su administración o por personas ajenas.

---

<sup>109</sup>Gustavo, Rendón Gaviria, *Derecho Penal Colombiano*, Colombia-Bogotá, Editorial TEMIS Bogotá, 1973, p. 53.

<sup>110</sup>Lina María, Higuera Rivera, *La Responsabilidad Penal del Servidor Público*, 1ª edición, Santa Fé-Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2001, p. 71.

<sup>111</sup>Erleans de Jesús, Peña Ossa, *Delitos Contra La Administración Pública, Estudio Histórico y Dogmático*, Segunda Edición, Bogotá- Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., diagramación electrónica: Elizabeth Contreras S., 2005, p. 65.

<sup>112</sup>Gustavo, Rendón Gaviria, *Derecho Penal Colombiano*, Colombia-Bogotá, Editorial TEMIS Bogotá, 1973, p. 53.

“Posteriormente ese título se reservó para el *peculado propio*, que podía recaer sobre cualquier dinero o valores custodiados en las arcas públicas, aunque no fueran del pueblo romano, sino de una ciudad u otra administración pública. El delito consistente en dar a los dineros públicos un destino distinto del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de los recaudos, se denominó *crimen de residuos*. Aquel era sancionado con la interdicción del agua y del fuego, y este con pena pecuniaria.”<sup>113</sup>

El origen del término peculado, entonces, se encuentra adscrito, indiscutiblemente hacia los bienes pertenecientes al Estado y su incorrecta utilización por parte de los encargados de su administración.

En nuestro país, el Código Penal, en el artículo 257 establecía que, serían 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, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Se agrava la pena de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Los responsables, quienes obtuvieran sentencia condenatoria estarían, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos.<sup>114</sup>

Su seguimiento, ha sido calificado de imprescriptible de conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional, pudiendo los procesados además ser juzgados en ausencia.

De lo anotado, se establece que el peculado es una acción ilegal o delito, que es perpetrado por una persona cuando, teniendo la calidad de servidor público o no- por disposición constitucional-, abusa o dispone arbitrariamente del dinero que debía

---

<sup>113</sup>Pedro, Pacheco Osorio, *Derecho Penal Especial*, Tercera edición, Bogotá, Editorial TEMIS, 1976, pp. 133 y 134.

<sup>114</sup>Legislación Codificada, *Código Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, actualizada al 2 de enero de 2013, pp. 52 y 53.

administrar, el mismo que es proveniente de las arcas fiscales pertenecientes a la administración pública.

El objeto de la acción ilícita, es la apropiación del bien público, por tanto el bien protegido son los fondos públicos, es decir la lesión es perpetrada contra la “administración pública”<sup>115</sup>, convirtiéndose la misma “[...] en un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir un instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos [...]”<sup>116</sup>

El sujeto activo del delito, debe poseer la calidad de servidor público y tener “a su cargo, poder o disposición bienes o fondos de carácter público”<sup>117</sup>; de allí diremos que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, son servidores, todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, norma que es concordante con lo que manda el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo, por disposición constitucional también se aplicarán las sanciones a quienes participen en este delito aunque no tengan la calidad antes señalada, entendiéndose que pueden ser cómplices, encubridores, es decir coparticipes en el ilícito. Cabe señalar sin embargo que al momento en el Código Orgánico Integral Penal ya no existe la figura del encubridor.

---

<sup>115</sup>Véase: “El bien jurídico protegido es la administración pública, que puede ser conculcado violando los deberes de los funcionarios públicos por parte de éstos, usurpando atribuciones y mediante abuso de autoridad. La administración pública está constituida por acciones e instituciones destinadas a cumplir con la finalidad del Estado que por mandato social constituye el manejo y administración de fondos públicos en el ejercicio de la función estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, con personas que ejecutan dicho mandato, cuyo objeto materia, alcance y limitaciones se encuentran determinadas en la Constitución y sus leyes operativas (...)” Resolución No. 690-2013 de 11 de junio de 2013, de la Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Juez ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén, dentro del juicio No. 1061-2013 C.T., por el delito de peculado.

<sup>116</sup>Santiago, Mir Puig; Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores); Víctor, Gómez Martín, *Nuevas Tendencias en Política Criminal, Una auditoría al Código Penal Español de 1995*, Montevideo- Uruguay, Editorial B de F Ltda., 2006, p.362.

<sup>117</sup>Resolución No. 488-12 de 7 de mayo de 2012 a las 15H00, de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, dentro del juicio 563/2010, por el delito de peculado.

El sujeto pasivo, es el Estado, la Administración Pública, los ciudadanos ecuatorianos, que somos los dueños de los recursos públicos.

Como verbo rector o núcleo del delito, conforme lo señalado en el artículo 257 del Código Penal, está el *abuso* de dineros públicos. El Diccionario Jurídico de Cabanellas, señala que el término se deriva:

Del “ latín *abusus*; de *ab*, en sentido de perversión, y *usus*, uso. Exceso, mal uso o empleo arbitrio de un derecho o facultad [...] Cualquier acto que, saliendo fuera de los límites trazados por la razón, la justicia o aconsejados por la equidad, ataque directa o indirectamente las leyes, situaciones o intereses legítimos.”<sup>118</sup>

Es decir, en la legislación ecuatoriana, lo que se pretende es cuidar que no haya corrupción, en consecuencia un mal uso y abuso de los dineros del Estado con fines ilegales y alejados del interés de la Administración Pública, en perjuicio del bien general.

En otras legislaciones, el verbo rector es distinto en razón de la tipificación que le hayan dado al delito, así por ejemplo en la legislación colombiana es la *apropiación* en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado.

“Lo que indica que es requisito indispensable para el proceso de la adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la *real apropiación se agote*. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aún sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicado, de los bienes apropiados, sin que exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir, y por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir del interés del Estado[...].”<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Guillermo, Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, A-B, Buenos Aires-Argentina, Editorial Heliasta, 25ª Edición, 1997, p. 52.

<sup>119</sup> Antonio José, Cancino, *Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Segunda edición, Colombia, Nomos Impresores, marzo de 2011, pp. 105 y 106.

Otro de los elementos, es la denominada tipicidad subjetiva, que se refiere al dolo o culpa existente en el cometimiento de un delito. En el peculado no se puede decir que el móvil ha sido la culpa, es decir por negligencia, falta de atención en las cosas; mas bien, se encuentra presente el dolo, la intención positiva de irrogar daño, la “extralimitación del poder de naturaleza tal, como para lesionar el interés, que todos los ciudadanos tenemos, en que la función pública se desempeñe conforme a la ley”<sup>120</sup>, e incluso la afectación a bienes intangibles como la fe del ciudadano de que no se destine el recurso público sino para los fines dispuestos en la ley.

Hoy en día el Código Integral Penal, el mismo que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, dispone en el artículo 278 que el peculado se produce, cuando:

“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.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.”<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup>Resolución No. 690-2013 de 11 de junio de 2013, de la Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Juez ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén, dentro del juicio No. 1061-2013 C.T., por el delito de peculado.

<sup>121</sup>Código Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 180, de lunes 10 de febrero de 2014, pp. 42 y 43.

El verbo rector, si bien no ha cambiado, ya que considera actualmente al abuso también, se ha incorporado la *apropiación* y/o que se *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.

El sujeto activo, sigue siendo el servidor público y la tipicidad subjetiva se mantiene por cuanto son los dineros públicos, el objeto que sería afectado, pero también se agregan piezas, títulos o documentos que estén en su poder.

Agrega, como responsables de este delito también a las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera.

Incorpora como responsables a los beneficiarios del ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posean la calidad de funcionarios en sistema Financiero Nacional y Entidades de Economía Solidaria.

Incapacita de por vida, a los sentenciados, al igual que el Código anterior, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera; y, no pueden rehabilitar su hoja de vida y volver a ingresar al servicio público.

A la sazón es preciso señalar, que la responsabilidad penal se determina en virtud de la tipificación del delito.

El fiscal iniciará la investigación, cuando tenga la noticia sobre una infracción penal, ya sea por denuncia, informes de supervisión de los órganos de control,

providencias, autos y sentencias de los jueces o tribunales; y, conforme lo resolvía la Resolución sin número, publicada en el Registro Oficial número 154 de 19 de marzo de 2010, de la Corte Nacional de Justicia –hoy incorporada al Código Integral Penal–, sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, es un requisito de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

El juicio deberá estar ceñido a las garantías constitucionales del debido proceso, en esa virtud se determinará si el ciudadano, que tiene la calidad de servidor público, es responsable del delito de peculado y se le impondrá una pena.

### **III.3. Diferencias entre la responsabilidad penal y administrativa en el delito de peculado**

De lo señalado en la presente tesis, diremos que la responsabilidad se constituye en la consecuencia de un acto consciente y voluntario que provoca efectos jurídicos, que pueden ser una sanción administrativa o una pena establecidas en la legislación penal vigente.

Dromi, considera que existe independencia entre las sanciones administrativas y las acciones judiciales que de ellas puedan derivar, ya que la primera no prejuzga a la segunda y por tanto “son distintos procedimientos, las competencias, la calificación legal de las infracciones, las sanciones aplicables y la valoración jurídica de cada caso”<sup>122</sup>. Establece que la conducta de un servidor público está sometida, en general, a la determinación de responsabilidades administrativa, civil y/o penal, considerando que hay diferencias entre las mismas en razón de su naturaleza, especialmente entre la administrativa y la penal.

---

<sup>122</sup>Op. cit Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, p. 402.

El tratadista Enrique Rojas Franco, también establece esta autonomía del derecho disciplinario, no obstante refiere “sólo las establecidas por sentencia firme por el Juez Penal, relativas a la existencia o a la inexistencia de los hechos, ligan a la Autoridad disciplinaria.”<sup>123</sup> Entendiendo que pese a sus diferencias y aparente autonomía absoluta, se ven vinculadas.

Ahora bien, de lo planteado en el desarrollo de este trabajo, podemos establecer que en el delito de peculado en el Ecuador, las materias penal y administrativa se ven relacionadas, entrelazadas por la prejudicialidad, e incluso hay afectación a los principios constitucionales del debido proceso, no obstante, nos enfocaremos a observar si existen diferencias en los procesos que derivan del acto ilícito del servidor público.

Como primera diferencia, señalaremos a la tipicidad de la infracción, esto es, en el caso de la responsabilidad penal, se provoca en virtud de las infracciones establecidas en el Código Penal y hoy en el Código Integral Penal vigente; mientras que, la responsabilidad administrativa se la establece en razón de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Público, que sin embargo no tienen carácter taxativo como en materia penal, en general, salvo lo relacionado al delito de peculado y los demás ilícitos contra la Administración Pública, contenidos en el literal c) del artículo 48 de la Ley *Ibídem*.

En lo que se refiere a la conducta, se puede señalar que “[...] la infracción administrativa no es ninguna conducta delictiva (culpable y punible). La coacción administrativa se aplica exclusivamente, según la necesidad y utilidad [...]”<sup>124</sup>; en tanto que en lo referente a la conducta penal, es culpable y punible, además causa alarma y debe ser reprimida en razón de la restauración no del servicio, sino del orden social.

---

<sup>123</sup>Op. cit. Enrique, Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, p. 378.

<sup>124</sup>Heinz, Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo, Historia y Derecho Comparado*, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 292.

Como producto de la división de poderes, a la que hemos hecho mención en el desarrollo de esta investigación, la autoridad jurisdiccional que conoce el proceso penal, en el delito de peculado, es el Juez Penal. En tanto que en materia administrativa, no se lo puede denominar juez, más bien es la primera autoridad de las instituciones públicas, quien aplica las sanciones correspondientes a sus servidores, en función de sus competencias otorgadas por la ley, después de seguir el procedimiento administrativo que lo sustancian las Unidades de Talento Humano institucionales, como establece la Ley de la materia.

El proceso penal, se ciñe a los mandatos establecidos en el Código Integral Penal, con las solemnidades correspondientes, los expedientes administrativos, si bien están sujetos a un procedimiento establecido en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, estos son sumarios y en general regidos por el principio de informalidad.

En materia penal, estamos hablando de un proceso judicial, en tanto que en materia administrativa, es un procedimiento administrativo.<sup>125</sup>

Para determinar la responsabilidad penal en el delito de peculado, el proceso establecido en la ley, debe ceñirse a las garantías dispuestas por la Constitución de la República del Ecuador, como el derecho a la presunción de inocencia, a diferencia del proceso de sumario para determinar la responsabilidad administrativa del servidor público en el mismo delito, que viola los principios de presunción de inocencia y el non bis in idem.

Como requisito de procedibilidad, en el caso del delito de peculado, la Contraloría General del Estado, como órgano de control, debe emitir informe de presunción de responsabilidad penal. Para el inicio del procedimiento administrativo de sumario, en el

---

<sup>125</sup> Véase: Hernán, Jaramillo Ordóñez Dr., *Manual de Derecho Administrativo*, Ecuador, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p.329.

delito que nos ocupa, de peculado, es necesaria la sentencia ejecutoriada de responsabilidad penal.

La sanción, en el caso del procedimiento penal, es la privación de la libertad del responsable del delito, sin embargo en el procedimiento administrativo de determinarse la responsabilidad corresponde la imposición de la sanción de destitución.

En el caso del delito de peculado, se termina mediante una sentencia; en el caso del procedimiento administrativo, se finaliza a través de una resolución, que tiene el carácter de acto administrativo. En el primer caso puede ser recurrida a la instancia jurisdiccional superior y puede ser interpuesto un recurso de casación, en tanto que en el acto administrativo, podrá interponerse, recursos en sede administrativa, acción contencioso administrativa o de ser el caso una acción constitucional.

## CONCLUSIONES

1.- La prejudicialidad es una figura procesal que no ha sido definida con claridad, ni en la doctrina, ni en la legislación nacional; no obstante de los conceptos obtenidos del trabajo de investigación, se ha podido determinar que es una acción jurisdiccional previa a otro proceso, o que debe ser resuelta antes de la conclusión de otra causa. En esa virtud, podemos decir, que si existe prejudicialidad previo a la iniciación de procesos administrativos, como en el caso del sumario administrativo, para sancionar a los servidores públicos; y, el visto bueno, en el caso de los trabajadores.

Por lo tanto, esta figura del derecho procesal, en el Ecuador, si se presenta antes de las acciones administrativas disciplinarias.

2.- En la instancia constitucional y de casación, no obstante se han emitido algunos fallos de importancia, aún no se ha desarrollado jurisprudencia que pueda aclarar temas como la prejudicialidad y los problemas jurídicos que de ella se derivan.

3.- Existe prejudicialidad en la disposición constante en el literal c) del artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que manda como causal de destitución el haber recibido sentencia ejecutoriada por el delito de peculado. Sin embargo, se torna inaplicable, debido a que si el servidor público, fue sometido a un proceso penal de varios años, ha caducado la facultad de la administración para imponer la sanción administrativa, ya que la autoridad, únicamente dispone de noventa días para proceder con las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley.

Sumado a este presupuesto, si el servidor es declarado culpable del delito de peculado, se ordenará su reclusión, en esa virtud no podrá hacer frente al procedimiento administrativo.

4.- El procedimiento administrativo, si debe cumplir con las normas del debido proceso dispuestas en la Constitución y la Ley, porque si bien no es un proceso

jurisdiccional, el Estado debe garantizar al individuo que sus derechos no serán conculcados por la autoridad administrativa, esto ha sido reconocido por las cortes extraterritoriales y por los tribunales nacionales.

5.- En el hipotético caso que se inicie un sumario administrativo por el delito de peculado – de difícil ejecución, en razón del tiempo transcurrido y la ausencia del servidor –, se violan expresamente los derechos a la defensa, a la presunción de inocencia y a no ser juzgado más de una vez por la misma causa, ya que el fundamento, el sujeto y el objeto, tanto de la acción penal, como de la administrativa en este ilícito, son los mismos. Además el non bis in idem aún no ha sido definido con claridad entre el régimen administrativo sancionador y el proceso penal.

6.- La administración pública, no puede extinguir la calidad de servidor público de una persona que haya sido acusada de peculado, ya que, su accionar se rige fundamentalmente por el principio de legalidad y esto le obliga a dar cumplimiento estricto a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Público, esto es, esperar la sentencia ejecutoriada penal por el delito antes señalado, tornando inaplicable la norma.

7.- Si es pertinente que se inicien varias acciones por un hecho irregular cometido por el servidor público, la Constitución de la República del Ecuador, la Ley y la doctrina lo reconocen; los servidores públicos están sujetos a la determinación de responsabilidad administrativa, civil y penal, sin embargo, en varias legislaciones y en la nuestra, se ha establecido que existiendo prejudicialidad penal, y si de ésta se ha determinado responsabilidad, no es pertinente que se inicie otras acciones administrativas o en su defecto, deberán cesar sus efectos.

Se ha reconocido además, en ciertos casos la cosa juzgada entre las materias administrativa y penal, cuando el fundamento, sujeto y objeto son los mismos, situación, que si bien no ha sido reconocida expresamente por la judicatura en nuestro país, para el caso de peculado, si ha reconocido el non bis in idem, en casos como los presentados por

los militares, policías y en juicios de trabajo y constitucionales, cuando las sanciones administrativas y penales, observan un mismo sujeto y objeto.

**8.-** Si bien existe diferencias entre la responsabilidad administrativa y penal, partiendo de que en la primera se observa lo relacionado a la deficiencia del servicio y en el segundo se trata del “*ius puniendi*” del Estado, en el proceso disciplinario por el delito de peculado, no se puede sino, establecer que se está sancionando dos veces por la misma causa, ya que no se distingue diferencia en lo que se refiere a su naturaleza, sino en la forma de aplicación, la autoridad que lo resuelve y su consecuencia.

## RECOMENDACIONES

1. Existe la necesidad que los legisladores, formulen una propuesta de creación de un Código Administrativo, que permita desarrollar los procedimientos administrativos en general, y en particular el derecho disciplinario.

2. La Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, deberían establecer con claridad los fundamentos de la prejudicialidad, en general; y, de la prejudicialidad administrativa, en particular, de tal forma que no se vean afectados los principios del debido proceso, como el non bis in idem y la seguridad jurídica en temas de carácter administrativo o en la determinación de responsabilidades de los servidores públicos, tanto administrativa, civil y penal.

3. El literal c) del artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, debe ser reformado, ya que tal como se encuentra concebida la norma no es aplicable, pues si existe sentencia ejecutoriada en materia penal, es el mismo juez penal quien debería finiquitar la relación laboral con el servidor público; o en su defecto en el caso del delito de peculado y otros contra la administración pública, el sumario administrativo debería ser considerado como expediente de ejecución de la sentencia penal como se lo ejecuta en sede constitucional, evitando así que se inicie un procedimiento administrativo de forma inoficiosa; y, posteriormente, en teoría nada más se considere la iniciación de un juicio contencioso administrativo.

4. El Ministerio de Relaciones Laborales, responsable de regular los procedimientos administrativos relacionados con trabajadores y servidores del sector público, debería emitir un instructivo de aplicación de los procedimientos sumarios para determinar la responsabilidad administrativa de los servidores, de tal forma que, en todas las instituciones del sector público se cumpla con el debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ayala Caldas, Jorge Enrique, *La Responsabilidad de los servidores públicos*, Bogotá Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006.
- Burke, Jhon P., *Responsabilidad Burocrática*, Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1994.
- Blum Carcelén, Jorge M., *Prejudicialidad. Falsedad Material en Documento Público*, Primera Edición, Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I y II, C.CH, Buenos Aires- Argentina, Editorial Heliasta, 1997.
- Cabrera Acosta, Benigno Humberto, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Colombia, Ediciones Jurídicas Ibañez, 1996.
- Cancino, Antonio José, *Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Segunda edición, Colombia, Nomos Impresores, marzo de 2011.
- Cesano, José Daniel, *Cuestiones de prejudicialidad penal*, Córdoba, República Argentina, Ediciones Alveroni, 2001.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12a Edición, Buenos Aires-Madrid-México, Hispania Libros, 2009.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, PENI-PRES, tomo XXII, Buenos Aires - Argentina, Editorial DRISKILL S.A., 1979.
- Estudio Coordinado por el Consejo Científico del Clad, *La Responsabilización de la Nueva Gestión Pública Latinoamericana*, Universidad de Buenos Aires, primera

- edición 2000, Argentina, editado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales, Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, SA, 2010.
- Fundación, Konrad Adenauer, A.C., *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*; Nestor Pedro, Sagués, *El Procedimiento Administrativo. Perspectivas Constitucionales*, México, Konrad-Adenauer-Stung e. V., 2009.
- Güechá Medina, Ciro Nolberto, *Derecho Procesal Administrativo, Primera Parte*, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2004.
- Granja Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 2006.
- Higuita Rivera, Lina María, *La Responsabilidad Penal del Servidor Público*, 1ª edición, Santa Fé- Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- Jaramillo Ordóñez, Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, Ecuador, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999.
- Mattes, Heinz, *Problemas de Derecho Penal Administrativo, Historia y Derecho Comparado*, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.
- Mir Puig, Santiago; Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores); Gómez Martín, Víctor, *Nuevas Tendencias en Política Criminal, Una auditoría al Código Penal Español de 1995*, Montevideo- Uruguay, Editorial B de F Ltda., 2006.
- Moreno Catena, Víctor, Director; Suárez Barcena, Emilio de Llera, *Manual de Organización Judicial, La Prejuicialidad*, Valencia- España, Guada Impresores S.L., 2008.

- Muñoz Lorente, José, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, España, Edita La Ley, 2001.
- Oderigo, Mario A., *Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal*, Buenos Aires Argentina, Editorial Ideas, 1945.
- Pacheco Osorio, Pedro, *Derecho Penal Especial*, Tercera edición, Bogotá, Editorial TEMIS, 1976.
- Palomar Olmeda, Alberto, *Derecho de la Función Pública, Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, Décima Edición, Madrid, Editorial DYKINSON S.L., 2013.
- Peña Ossa, Erleans de Jesús, *Delitos Contra La Administración Pública, Estudio Histórico y Dogmático*, Segunda Edición, Bogotá- Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, diagramación electrónica: Elizabeth Contreras S., 2005.
- Prieto Sanchis, Luis, *La jurisprudencia Constitucional y el Problema de las Sanciones Administrativas en el Estado de Derecho*, [http://www.alfonsozambrano.com/corte\\_constitucional\\_ec/doctrina/100411/dpc-jurisprudencia\\_constitucional\\_sanciones.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/100411/dpc-jurisprudencia_constitucional_sanciones.pdf), (octubre de 2014).
- Rendón Gaviria, Gustavo, *Derecho Penal Colombiano*, Colombia-Bogotá, Editorial TEMIS Bogotá, 1973.
- Rojas Franco, Enrique, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Ecuador, Editorial EDILEX S.A., 2007.
- Romero Pradas, María Isabel, *El Sobreseimiento*, Sevilla, España, Edita Tirant lo Blanch, 2002.
- Ruiz Cernades, Daniel, *El Principio NON BIS IN IDEM en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal*, Abogado de Macrocorp Perú S.A., Asesoría

Empresarial, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
[www.derechoycambiosocial.com/.../non%20bis%20in%20idem.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/.../non%20bis%20in%20idem.htm)

Sanz Encinar, Abraham, *El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, España, Universidad Autónoma de Madrid, 2014, página 28,  
[www.uam.es/.../ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGenerald,dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=284002](http://www.uam.es/.../ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGenerald,dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=284002), (octubre de 2014).

Suárez Barcena, Emilio de Llera, y otros, *La Prejudicialidad, Manual de Organización Judicial*, Tercera Edición, Valencia España, 2008.

Velasco Célleri, Emilio, *Sistema de Práctica Procesal Civil*, Tomo I, Impreso en Ecuador, Editorial PUDELECO, 1991.

Página <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola/#sthash.QkHvBNJT.dpuf>, octubre de 2014.

## **LEGISLACION:**

Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449, de lunes 20 de octubre de 2008, página 36.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, publicada en el Registro Oficial No. 16, de jueves 12 de mayo del 2005, ya derogada.

Ley Orgánica del Servicio Público, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, de miércoles 6 de octubre del 2010.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, Decreto Ejecutivo 710, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 1 de abril de 2011.

Legislación Codificada, *Código Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, actualizada al 2 de enero de 2013.

Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, página 95, artículo 581.

Ley de Casación, Ecuador, Suplemento Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, Suplemento Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que contiene el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de veintidós de junio del 2001. Valencia, Venezuela.

Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, República del Perú, [www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010\\_LEY\\_N\\_27444.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/.../pdf/...leyes/.../28042010_LEY_N_27444.pdf), (octubre de 2014).

#### **RESOLUCIONES Y SENTENCIAS:**

Resolución Nro. 314-04, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 509 de 21 de enero de 2005.

Resolución No. 0779-06-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional, Ecuador, de 27 de junio de 2007, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 125 de 12 de julio de 2007.

Resolución No. 0823-06-RA de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2007, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 136 de 27 de julio de 2007.

Resolución No. 0028-2007-AA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Ecuador, de 14 de febrero de 2008, Registro Oficial E.E. 21, de 28 de febrero de 2008.

Resolución No. 508-2006, de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Registro Oficial E.E. 33, 19-III-2008.

Resolución No 0796-2006-RA, Tribunal Constitucional, Segunda Sala, E.E. 55 de 28 de abril de 2008, Edición Especial de 29 de mayo de 2008.

Resolución No. 0142-2006-RA, de 26 de marzo de 2008, de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional/ E.E.51 de 7 de mayo de 2008.

Resolución No. 0813-2006-RA, de 16 de abril de 2008, de la Segunda del Tribunal Constitucional, Ecuador, publicada en Registro Oficial E.E. 55 de 29 de mayo de 2008.

Resolución No. 992-2006, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 368 de 26 de junio de 2008.

Resolución No. 0004-2008-RA, de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.386 de 22 de julio de 2008.

Resolución No. 0119-2008-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 2008, Ecuador, publicada en el Registro Oficial Edición Especial Nro. 87 de 11 de diciembre de 2008.

Resolución No. 0195-07-RA de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, de 13 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial E.E. 101, de 13 de febrero de 2009.

Resolución No. 386-2006 de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, R.O. 582, 4-V-2009.

Resolución No. 403-2006, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Ecuador, Registro Oficial 597, 25-V-2009.

Resolución No. 1411-08-RA, de 14 de octubre de 2009, de la Primera Sala de la Corte Constitucional, Ecuador, E.E. 18, de 9 de noviembre de 2009.

Resolución sin número de 24 de febrero del 2010, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 154, de 19 de marzo de 2010.

Resolución No. 611-09 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, E.E. 186, 1-IX-2011.

Resolución No. 488-12 de 7 de mayo de 2012 a las 15H00, de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, dentro del juicio 563/2010, por el delito de peculado.

Resolución No. 690-2013 de 11 de junio de 2013, de la Sala Especializada de lo Penal, de la Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Juez ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén, dentro del juicio No. 1061-2013 C.T., por el delito de peculado.

Sentencia No. 2/1981, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, de 30 de enero de 1981, <http://tc.vlex.es/vid/1-i-25-2-3-15034948>, 25 (octubre de 2014).

Sentencia No. 18/1981, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, de 8 de junio de 1981, <http://tc.vlex.es/vid/9-as-15-29-14-30-53-21-7-8-105-15034932>, 25 (octubre de 2014).

Sentencia redactada en español e inglés, de 31 de enero de 2001, San José, Costa Rica, caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano Vs. Perú.

Sentencia redactada en español e inglés de 2 de febrero de 2001, San José, Costa Rica, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.

Sentencia C-025/09 de 27 de enero de 2009, de la Corte Constitucional Colombiana, referencia expediente D-7226, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004. Demandante: Edgar Saavedra Rojas y otro; Magistrado Ponente: Dr Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia del H. Tribunal de Justicia de Garantías Penales, Primero, del Distrito de Pichincha, de 15 de enero del 2010, a las 08H30, dentro del juicio penal por Concusión, No. 32-2009.

Sentencia No. 029-10 SCN-CC, del Pleno de la Corte Constitucional de 18 de noviembre de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro.343, de 17 de diciembre de 2010.

Sentencia de 13 de septiembre de 2011, a las 08H00, de la Primera Sala Especializada de lo Penal, Corte Nacional de Justicia, Ecuador, Juez Ponente: Dr. Hernán Ulloa Parada.

Sentencia No. 060-12 SAN-CC de 27 de marzo de 2012, de la Corte Constitucional, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 735 de 29 de junio de 2012.

Sentencia No. 103-12-SEP-CC, de la Corte Constitucional, Ecuador, caso No. 0986-11-EP de 03 de abril de 2012, Juez Constitucional sustanciador, Dr. Alfonso Luz Yunes.

Sentencia No. 125-12 SEP-CC de 10 de abril de 2012, de la Corte Constitucional, Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 724 de 14 de junio de 2012.

Proceso No. 97-IP-2002 de 5 de febrero del 2003, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, San Francisco de Quito, publicada en el Registro Oficial No. 81 de 14 de mayo de 2003. Interpretación prejudicial de las disposiciones previstas en el artículo 83, literales a), e) y d) de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, República del Ecuador, e interpretación de oficio de los artículos 81 y 84. Parte actora: MARIN & ASOCIADOS CA. MYACA.Marca: "ALPINETTE". Expediente interno No. 362-96-LM.

