

-2082-
dos mil
ochenta
y
dos

JUZGADO VIGESIMO PRIMERO DE GARANTÍAS PENALES DEL GUAYAS

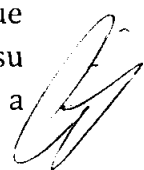
(UNIDAD INTERINSTITUCIONAL DE DEPURACIÓN DE CAUSAS)

Causa N° 083-2011

(Indagación Previa N° 323-2011)

Guayaquil, 12 de septiembre del 2012; a las 14h45.-

VISTOS: Luego de haber oído a las partes intervinientes en el día y hora señalados, conforme a lo ordenado en el decreto dictado el 14 de agosto del 2012 a las 10h00, bien instruido de la causa paso a resolver sobre el incidente planteado el día 04 de julio del 2012 a las 08h56, por el Ab. Raúl Fariño Bajaña, por los derechos que representa de la compañía de comercio COSTATRADING S.A. en liquidación, que versa sobre la petición de revocación del auto dictado el 29 de junio del 2012 a las 11h00, por el Ab. Gustavo Guerra Aguayo, quien estuvo encargado de esta judicatura con anterioridad al suscrito Juez. Para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** En el auto impugnado, que obra a fjs. 2061 y 2062, el juzgador precedente dispuso que se remita el expediente al Fiscal superior para que continúe la investigación a cargo de un Fiscal distinto del que solicitó el archivo. Esta disposición se ampara en lo previsto en el segundo artículo innumerado del Art. 39 del código de procedimiento penal (CPP). En los diversos considerandos que sirvieron para motivar su decisión, el referido juzgador consideró: A) Que el delito a investigarse, según el oficio dictado por el juez provisional del Juzgado Décimo Primero de lo Civil y Mercantil, Ab. Wilson Luque Suarez, es el de quiebra fraudulenta. B) Que en el expediente el fiscal de la causa practicó diligencias varias tendientes a dilucidar el hecho denunciado, a fin de determinar si hubo o no la existencia de un delito para iniciar el correspondiente proceso penal de ser el caso. C) Que conforme a la CPP, para que proceda el archivo definitivo de la causa, se debe establecer que no existen elementos suficientes de convicción para realizar la imputación de un delito a sujeto alguno dentro del plazo de un año en los casos de delitos sancionados con prisión y dentro de dos años en el caso de delitos sancionados con reclusión. D) Que no se ha evidenciado el cumplimiento del plazo establecido en la norma procesal pertinente (Art. 39.1 CPP) por lo que mal pudiera basarse en ese supuesto para archivar definitivamente la causa. Asimismo, indicó que del expediente se pudo constatar que ciertos actos que no fueron considerados al momento de motivar el impulso fiscal y que debieron ser tomados en cuenta. **SEGUNDO.-** De lo expuesto deviene lógico colegir que el juzgador precedente discrepó con el pronunciamiento del Fiscal Ab. Manuel Mogrovejo Morales, en el que solicitó el archivo definitivo de la causa por las razones que constan plasmadas en su resolución dictada el 30 de noviembre del 2011 a las 08h35, y que obra de fjs. 2036 a



2039 y vta. de los autos. Al actual juzgador le corresponde revisar la decisión judicial previa y dirimir sobre la petición de revocación solicitada. En tal sentido, este juzgador discrepa con las fundamentaciones esgrimidas por el juez precedente en los considerandos CUARTO y QUINTO del auto dictado el 29 de junio del 2012 a las 11h00. El segundo inciso del innumerado primero del Art. 39 del CPP establece con claridad los plazos en los que resulta procedente el archivo definitivo (un año para delitos reprimidos con prisión y dos años para delitos reprimidos con reclusión); empero, esta regla debe entenderse, a criterio de este juzgador, como una continuación del tratamiento normativo que ha hecho el legislador para los casos de archivo provisional previstos en el primer inciso del citado artículo innumerado. A esta conclusión se llega de la interpretación integral sobre las instituciones de archivo provisional y archivo definitivo de causas, en contraste con el plazo de duración establecido en la misma ley procesal para la indagación previa. El Art. 215 del CPP en su tercer y cuarto inciso señala: *"De no existir fundamentos para deducir la imputación, la indagación no podrá mantenerse abierta por más de un año, y transcurrido este plazo, el fiscal dispondrá el archivo provisional del expediente o solicitará al juez su archivo definitivo, según fuera el caso; este plazo se contará desde la fecha en la cual el fiscal dio inicio a la indagación previa. Sin embargo, si llegaren a poder de la fiscal o el fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales"*. La cita literal del texto invocado refleja, a las claras, que existe una prohibición para que la indagación previa no pueda mantenerse abierta por más de un año, sin distinguir si los delitos investigados son reprimidos con prisión o reclusión. Esta disposición vigente obedece a la reforma normativa hecha por el legislador en el Art. 59 de la Ley Reformativa al Código Penal y del Código de Procedimiento Penal publicada en el R.O. Sup. N° 555 del 24 de marzo del 2009, pues antes de estas reformas sí se establecía una diferencia de tiempo en la duración de la indagación previa, en atención a la punición de los delitos investigados (prisión o reclusión). Por tanto, en el ordenamiento jurídico vigente solo existe un plazo de duración de la indagación previa, que es de un año y que no atiende, como se ha dicho, a la punición de los delitos que se investigaren. Lo hasta aquí expuesto resulta válido para afirmar que el examen que debe realizar el juzgador a efectos de determinar la procedencia o no de las resoluciones de archivo provisional y/o las solicitudes de archivo definitivo de los fiscales, debe partir de la verificación del plazo establecido en la ley para el vencimiento de la indagación previa que es de un año conforme a lo dispuesto en el art. 215 del CPP. Sin embargo, el citado artículo 215 establece también que este plazo debe contarse desde la fecha en que se dio inicio a la indagación previa, cuestión que en el caso *sub iudice*, no aparece clara ni determinada, pues de la revisión de los autos no consta la fecha efectiva en que el fiscal dispuso el inicio de la indagación previa. Lo

- 2083 -
del mal
obchito
y
Tres
A

anterior no obsta a que este juzgador pueda colegir que la investigación se pudo iniciar a partir del 21 de octubre del 2010, cuando fue recibido en la Fiscalía del Guayas el oficio N° 682 del 17 de septiembre del 2012, suscrito por el juez Wilson Luque Suárez según consta a fj. 1. No obstante lo anterior, que ya implica una imposibilidad para verificar las exigencias legales de la petición de archivo definitivo (conforme lo exige el último inciso del primer innumerado del Art. 39 del CPP), este juzgador considera que su análisis no se agota a la verificación de tales exigencias para efectos de resolver el incidente de revocación planteado, sino que puede y debe abarcar las circunstancias normativas y fácticas que entraña el caso *sub iudice*. Siendo así, el suscrito juez advierte una deficiencia legislativa en las figuras penales por las que se dio inicio a la presente causa de naturaleza penal. **TERCERO.- 3.1)** En las consideraciones fácticas se observa que el oficio N° 682 del 17 de septiembre del 2012, suscrito por el juez Wilson Luque Suárez, proviene del juicio civil N° 384-A-2008, que fuere iniciado por la demanda propuesta por el señor Ab. Víctor Marcel Romero Bastidas, el 29 de mayo del 2008, en la que solicita la quiebra de COSTATRADING S.A. **3.2)** A fjs. 58 consta la copia certificada del auto dictado el 7 de agosto del 2008 a las 17:17:39, en el que el señor Juez Undécimo de lo Civil de Guayaquil, calificó el concurso de acreedores y declaró la presunción de quiebra de COSTATRADING S.A. y de igual manera, dispuso que uno de los señores fiscales calificara la quiebra. Todos estos acontecimientos de carácter procesal hacen referencia a una situación jurídica previa (juicio de quiebra) que ha servido como base para la investigación y sustanciación de esta causa de índole penal. Y esto ha sido así, pues la propia normativa procesal así lo establece en el Art. 509 del CPC. **CUARTO.-** Respecto de las consideraciones normativas, el suscrito Juez advierte que las consecuencias penales de las "calificaciones" sobre la quiebra en culpable o fraudulenta, según corresponda, no son ni pueden ser meros pronunciamientos de los Fiscales. En realidad, de lo que se trata, al menos *lege lata*, es que se investiguen las causas que promovieron la quiebra del deudor, para poder determinar, previo a un proceso penal, si esta, la quiebra, ha sido culpable o fraudulenta. Esta es la punibilidad que existe en los Art. 576 y 578 del Código Penal (CP). Debo dejar sentado que no está tipificado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el delito de quiebra o insolvencia. **QUINTO.-** A lo anterior debe agregarse que, del análisis de los tipos previstos en los citados artículos del Código Penal, no se observa que exista la descripción de conducta alguna que permita, en los casos particulares, la subsunción de un comportamiento a un tipo. Dicho de otra manera, en los artículos 576 y 578 del CP, el legislador no precisó la forma como el deudor pudo actuar. No concreta ninguna descripción de comportamientos. Este es el caso, por ejemplo, del Art. 576, cuando se refiere al "alzamiento", sin que se determine en qué consiste dicho término. Esto implica un serio quebranto a la estructura de la norma penal que consiste en: a) *hipótesis normativa o supuesto de hecho*; y, b) *consecuencia jurídica o sanción*. En las citadas

A

figuras penales no existe, como se ha dicho, la primera parte de la estructura de la norma, pues no aparece la descripción del acto que tiene relevancia penal. Lo único que existe son sanciones penales a un supuesto calificado. Esta anomalía legal, que importa una gravísima vulneración al Principio de Legalidad, ha sido advertida ya por la doctrina penal ecuatoriana, quienes explican que esta situación ocurrió como el resultado de la derogatoria de las disposiciones contenidas en los artículos 930, 931 y 932 del Código de Comercio (Jorge Zavala Baquerizo, Delitos Contra La Propiedad, Tomo IV, Ed. Edino. Págs. 18 y 19). Respecto de la importancia y manifestaciones del Principio de Legalidad, resulta pertinente recoger las opiniones de diversos tratadistas en materia penal, como por ejemplo las del dogmático peruano Percy García Cavero, cuando refiere que *"El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable. A esto se le conoce como el mandato de certeza o determinación. Se trata de una derivación lógica del principio de legalidad, pues la sola exigencia de la expedición de una ley para castigar penalmente no bastaría para evitar excesos de poder, en tanto esta exigencia podría cumplirse de manera formal y, pese a ello, mantenerse las condiciones para una arbitrariedad judicial. Beling graficó claramente esta posibilidad con la hipótesis de la ley que prescribía que todos los malhechores debían ser sancionados sin precisar qué hechos hacían a sus autores malhechores. Para evitar posibles abusos por parte de la administración de justicia en un sistema democrático de distribución de poder, es necesario que se excluyan del derecho penal leyes absolutamente indeterminadas mediante la exigencia de una determinación de la conducta punible y la pena a imponer."* (Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Ed. Grijley, pág. 102). En sentido similar se pronuncia el profesor alemán Claus Roxin, cuando expresa que *"Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente determinada" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del código penal) es una consecuencia del principio de legalidad..."* (Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito, Ed. Cívitas, Pág. 141). En la misma línea de pensamiento, Heinz Heinrich Jescheck, categóricamente afirma *"En un sentido positivo, la función garantista significa el establecimiento de importantes exigencias en la determinación de la ley penal (nullum crimen sine lege certa). Los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan solo marcos penales de envergadura limitada. La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley solo*

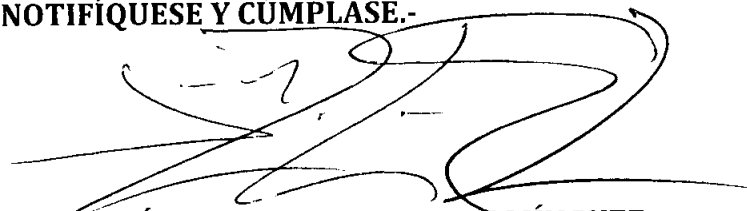
puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez (Bverfge 47, 109 [120]). Las resoluciones penales deben ser verificables sobre la base de la Ley. También en este punto las demandas del Estado de Derecho en el ámbito punitivo resulta más rigurosas que en otros sectores (vid., por ejemplo, el amplio significado del §242 BGB para el derecho civil). Además, el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona puede prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena (BVERfGE 48, 48 [56]; 73, 206 [234 ss.]). Para la praxis es todavía más importante que la prohibición de la analogía: "El verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas". (Tratado de Derecho Penal, Parte General, quinta edición, Ed. Comares, Pág. 146). Todas estas opiniones doctrinarias traducen, en síntesis, que los tipos penales deben contener las descripciones suficientes de los presupuestos punibles, pues sirven como garantía del ciudadano frente a posibles arbitrariedades por la discrecionalidad de los fiscales y jueces ante la falta de determinación (violación al mandato de certeza); como también para la motivación previa de conductas, que es a su vez el fundamento de la culpabilidad. **SEXTO.**- Sin entrar a calificar si los artículos 576 y 578 del Código Penal consisten en lo que se conoce doctrinariamente como *tipos penales en blanco o normas de remisión*, este juzgador anticipa que la única disposición que abona a una descripción de las conductas que motivan la insolvencia o quiebra está contenida en el Art. 508 del CPC, cuando reza "...Culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor; y, fraudulenta, aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido para perjudicar a los acreedores". Sin embargo, como se ha dejado sentado en líneas anteriores, esta definición normativa de los tipos de insolvencia, no conlleva la descripción de aquellos actos que, insisto, motivaron la insolvencia o quiebra, sino que simplemente los define de modo general y difuso. Por tanto, el suscrito juez tampoco podría afirmar válidamente y conforme al ordenamiento jurídico vigente, que la "remisión" a una normativa penal o extrapenal, complementa de hecho la estructura normativa de dichos tipos penales, describiendo los supuestos fácticos que merecerían una pena. **SEPTIMO.**- Este juzgador advierte además que los citados artículos hacen referencia a personas individuales (personas naturales), sean estos comerciantes o no. No hacen alusión a la quiebra o insolvencia de personas jurídicas. Ciertamente, a la fecha de expedición de nuestro Código Penal (1938), primaba en las legislaciones universales y era de consenso doctrinario, la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, según el cual, las personas jurídicas no pueden cometer delitos por carecer de voluntad y conciencia propia. Esto, obviamente, en respeto del Principio de Culpabilidad que requiere, para la declaratoria de responsabilidad penal, la verificación de la voluntad en el acto mediante los elementos subjetivos de dolo o culpa (proscripción de responsabilidad

objetiva). En la época actual, ante las nuevas formas de criminalidad y los peligros que entraña civilización moderna (sociedad de riesgos), buena parte de la doctrina, en especial la alemana, ha diseñado nuevos modelos de imputación penal, partiendo de estructuras normativas, para redefinir la teoría de delito. Los esfuerzos se centran en concebir que el concepto de acción (piedra angular de la teoría del delito y sobre el cual recaen todos los predicados dogmáticos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) merece ser replanteado en su naturaleza. Su carácter *ontológico* impide, *per se*, admitir la responsabilidad de personas o entes jurídicos, pues estos conceptos ocurren en el mundo del ser y provienen de seres humanos con voluntad y conciencia. Al no tener las personas jurídicas esta capacidad, por ser entelequias creadas por el derecho, deviene necesario que desde el mismo derecho se redefina este concepto, volviéndolo uno *normativo*. Pero toda esta corriente dogmática aún no está plasmada en nuestro ordenamiento jurídico como estructura básica y aplicable a todos los tipos penales, sino que simplemente y en casos concretos (ej. Lavado de activos), el legislador ha consentido sanciones para las personas jurídicas como consecuencias accesorias del delito. Hoy en día, a criterio de este juzgador, en el Ecuador no existe la posibilidad de admitir que las personas jurídicas pueden cometer delitos, pues estos entes jurídicos carecen de capacidad de acción en materia penal. Y sin esta capacidad, no hay forma de realizar "actos" que sean penalmente relevantes. Lo aquí expuesto sirve para dejar aclarado que el Art. 577 del Código Penal, no conlleva la responsabilidad penal de la persona jurídica fallida, sino que establece las sanciones para los administradores, gerentes o directores, de sociedades y personas jurídicas que ejerzan el comercio, en tanto cooperen a la ejecución de los actos que determinaron la quiebra (culpable o fraudulenta). Es decir, podría establecerse una pena contra las personas naturales que, ostentando cargos administrativos y de personería, hayan cooperado (verbo rector) mediante actos culpables o fraudulentos a que la persona jurídica, que es la que actúa en el ámbito del tráfico comercial, haya quebrado. Pero de la lectura de este tipo penal se desprende que tampoco existe una descripción de los "*actos culpables o fraudulentos que determinen la quiebra*", por lo que esta figura adolece del mismo vicio de los tipos previstos en el Art. 576 y 578 del Código Penal, conforme se anotó en los considerandos anteriores de esta resolución.

OCTAVO.- Resulta pues, a la luz de las garantías derivadas del principio limitador del *ius puniendi*, como el Principio de Legalidad, una seria imposibilidad por parte de cualquier fiscal o juzgador de analizar o calificar, en cualquier caso concreto, actos (conductas humanas) para subsumirlos en un tipo, sin que existan descripciones objetivas y normativas sobre una conducta penalmente relevante. Todo lo expuesto permite deducir a este juzgador que no existe un tipo penal completo, que pueda ser conforme a los principios limitadores del *ius puniendi*, por el que se pueda perseguir las conductas que motivan la insolvencia o quiebra, sin violar esta garantía que consta plasmada en la Constitución de la República del Ecuador, en la Convención Americana

-2085 -
dos mil
ochenta
y cinco
f

de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica del 22/11/1969) y que deviene como el principio madre del Derecho Penal liberal, posterior a la Revolución Francesa. **NOVENO.**- En el presente caso, existe ya un pronunciamiento judicial (auto del 29 de junio del 2012 a las 11h00) en el que implícitamente se ha reconocido la validez formal de las figuras típicas contenidas en los Art. 576, 577 y 578 del CP, en tanto son derecho vigente. Esta decisión judicial previa, aunque impugnada, pone en la necesidad a este juzgador, para efectos de argumentar su decisión, de suspender la tramitación de la causa, atento a lo dispuesto en el Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y que es concordante con lo previsto en el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), para efectos de remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional para que analice la conformidad constitucional de los tipos penales previstos en los artículos 576, 577 y 578 del Código Penal, de cara a las garantías ciudadanas que entraña el Principio de legalidad establecido en el Art. 76# 3 de la CRE. Emitir un pronunciamiento con carácter definitivo, desconociendo la invocación a reglas formalmente válidas que ha hecho el juzgador precedente, conllevaría una denegación o desconocimiento expreso del derecho vigente, situación que escapa a las facultades de este juzgador y atentaría contra la seguridad jurídica prevista en el Art. 82 de la CRE. **RESOLUCIÓN.**- Por todo lo argumentado y por tener este juzgador dudas razonables y motivadas sobre la constitucionalidad de los tipos previstos en los artículos 576, 577 y 578 del Código Penal, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 428 de la CRE y 142 de la LOGJCC, siendo este un caso de control concreto de la constitucionalidad, suspendo la tramitación de la causa y en consecuencia ordeno remitir todo el expediente en consulta a la Corte Constitucional, para que dicho órgano máximo de control e interpretación constitucional, se pronuncie sobre la compatibilidad constitucional de los tipos penales previstos en los artículos 576, 577 y 578 del Código Penal, de cara a las garantías ciudadanas que entraña el Principio de Legalidad establecido en el Art. 76# 3 de la CRE. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**-



JOSÉ DE LA GASCA LOPEZDOMÍNGUEZ
JUEZ VIGÉSIMO PRIMERO DE GARANTÍAS PENALES DEL GUAYAS (E)



-2086 -
des mil
ciento
y
veis
x

RAZON: En Guayaquil, jueves a los trece días del mes septiembre del 2012, a partir de las catorce horas treinta minutos, notifique a CORDOVA LOPEZ LUCRECIA en el casillero judicial No. 3065, a AB. FARIÑO BAJAÑA RAUL en el casillero judicial No. 4031, a JUAN JOSE PONS CRUZ en el casillero judicial No. 1355, a JUAN JOSE PONS ARIZAGA en el casillero judicial No. 032, a HULDA DE LA TORRES YANEZ en el casillero judicial No. 3065, a LETICIA BAQUERIZO GUZMAN en el casillero judicial No. 754, a GONZALO DIAZ PALACIOS en el casillero judicial No. 054, a CESAR BENITEZ JIMENEZ y a AB. RAFAEL ENRIQUE MARTINEZ BALDEON en el casillero judicial No. 052 FISCAL MANUEL MOGROVEJO MORALES en la casilla judicial No. 3130, a DESPACHO DIARIO en su despacho.- LO CERTIFICO.

~~Ann~~
Ab. Kleber J. Lino Toala
Secretario

Kleber J. Lino Toala
SECRETARIO (E)
ABOGADO VIGESIMO PRIMERO DE
GARANTIAS PENALES
PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

