



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y
REGISTRAL**

TEMA:

EL NOTARIO FRENTE AL DELITO DE PECULADO

**Trabajo de Examen Complexivo para la obtención del Grado de Magister en
Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**

Autor

José Francisco Dávila Álvarez

Guayaquil - Ecuador

2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y
REGISTRAL

Certificación

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por **José Francisco Dávila Álvarez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral.

REVISORES

Dr. Francisco Obando F.
REVISOR METODOLÓGICO

Ab. María José Blum
REVISORA DE CONTENIDO

Dra. Patricia Cajas
DIRECTOR DEL PROGRAMA

Guayaquil, 15 enero del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

Declaración de Responsabilidad

Yo, **José Francisco Dávila Álvarez**

DECLARO QUE:

El examen Complexivo: **El Notario frente al Delito de Peculado**, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría. En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 15 enero del 2020

El Autor

José Francisco Dávila Álvarez



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y
REGISTRAL

Autorización

Yo, José Francisco Dávila Álvarez

Autorizo, a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen Complexivo **El Notario frente al Delito de Peculado** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 15 enero del 2020

El Autor

José Francisco Dávila Álvarez

REPORTE URKUND

The image shows a screenshot of the URKUND web interface. At the top, the document title is "URKUND". Below it, the document details are listed: "Documento: TESTimonio de la Comision General de Estado", "Presentado: 2016-01-08 10:00", "Presentado por: marulund@gmail.com", and "Destinatario: www.supes.org/institucional.com". A green profile icon for "Jesús Guigou, ascompañado de la Comision General de Estado" is visible. On the right, a "Lista de archivos" (File List) shows several attachments, including "WICHETINETSU PROTESTA DE DANIEL COMPLETADO.pdf", "http://www.supes.org/TESTimonio de la Comision General de Estado de la Comision General de Estado de la Comision General de Estado.pdf", "http://www.supes.org/TESTimonio de la Comision General de Estado de la Comision General de Estado de la Comision General de Estado.pdf", "TESTIFIO DE DANIEL.pdf", "Wichetinet su protesta", "COMPROBANTE DE PAGOS", "Luzmila Testimon", and "CARTELA DE DANIEL.pdf". Below the document details, there are two preview windows. The left one shows the beginning of a document with the text "Informe por: informe de responsabilidad presentado por la Comision General de Estado" and a date "16 de mayo, 2016". The right one shows a similar document with the text "Informe por: informe de responsabilidad presentado por la Comision General de Estado". At the bottom, there is a large text area containing the full text of the report, starting with "por el presente delo de prescrito, lo que conlleva a..." and ending with "El Comisionado General de Estado, en su calidad de...".

Agradecimiento

A Dios (Santísima Trinidad), al Divino Niño Jesús de quien soy su devoto; a mis amados padres Jaime Roberto y Julia Herminia, a mi paciente y adorada cónyuge Wendy María Vera Ríos, a mi venerado hijo Francisco Mateo; y, a mis hermanos del alma Julia y Jaime.

A mi querida Universidad Católica, mi Casa, a mis dilectos maestros y profesores que, sin egoísmo alguno y con el mayor espíritu vocacional, impartieron sus enseñanzas en este Cohorte al que me honro pertenecer.

Finalmente, y de manera más relevante mi imperecedera gratitud a mi Tutora, Maria José Blum, por su invaluable tiempo, aporte académico y tolerancia, en la construcción de este trabajo.

José Francisco Dávila Álvarez

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a: Dios (Santísima Trinidad), al Divino Niño Jesús de quien soy su devoto; a mi cónyuge Wendy María, quien no solamente me dio la dicha y el orgullo de ser Padre, sino que fue y es la gran compañera que coadyuva a la consecución de todos mis logros; a mi hijo Francisco Mateo por ser mi pequeño maestro de amor, quien con su diáfana y apacible sonrisa me motiva cada día a esforzarme más. A mis padres por enseñarme que la mejor forma de educar es con el ejemplo; y, finalmente a mis hermanos por demostrarme siempre que la familia es lo primero.

José Francisco Dávila Álvarez

Índice General

INTRODUCCIÓN.....	2
DESARROLLO.....	8
Seguridad Jurídica	8
El Notario	12
Atribuciones y deberes de los notarios.....	13
Del fuero.....	15
De la Contraloría General del Estado.....	19
La participación al Estado	24
De la normativa administrativa referente a la participación.....	25
Naturaleza de la obligación del notario con relación a la participación al Estado.....	31
La responsabilidad del notario en la ley notarial.....	35
De la impugnación de los valores.....	36
Sobre la intervención de la contraloría en una investigación previa.....	37
Sobre el cálculo del Ingreso Bruto	37
De la obligación de llevar contabilidad.....	38
Certificado de pago	39
De la naturaleza del dinero que percibe el notario	39
Imposibilidad del peculado	41
Impedimento constitucional	50
Competencia de la fiscalía.....	51
Sobre el informe de contraloría	53
METODOLOGÍA	54
Alcance de la investigación.....	54
Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis	55
Criterios éticos de la investigación.....	57
Población y muestra	58
RESULTADOS.....	58

Análisis normativo	59
DISCUSIÓN.....	66
PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	70
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES	76
BIBLIOGRAFÍA.....	77
APÉNDICES	81
APÉNDICE 1 PREGUNTA DE LAS ENTREVISTAS	81
APÉNDICE 2 ENTREVISTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO.....	82
APÉNDICE 3 VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA	84
APÉNDICE 4 DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN AL SENESCYT.....	84

Índice de Tablas

Tabla 1 Métodos Empíricos	57
Tabla 2 Población y Muestra	58
Tabla 3 Base de datos del estudio	59

Índice de Figuras

Figura 1 Entrevista a Dra. Olga Baldeon	82
Figura 2 Entrevista a Dra. Isabel Nuques	82
Figura 3 Entrevista a Abg. Tatiana García Reyes	82
Figura 4 Entrevista a Dra. Norma Plaza	83
Figura 5 Entrevista a Dr. Piero Aycart	83

Resumen

El tema “El Notario frente al Delito de Peculado” permite una investigación donde por **objeto** se realiza una disquisición del Notario y su rol dentro de la legislación ecuatoriana, específicamente, **el problema** tiene que ver con su responsabilidad de cancelar al Estado Ecuatoriano la participación correspondiente a cada uno de los actos notariales que realiza; y si puede responder penalmente por el delito de peculado. El **objetivo** trata de demostrar que la conducta del Notario con relación al no pago, pago incompleto, pago extemporáneo, de las aportaciones al Estado, no es posible de ser subsumida en el delito de Peculado. La **metodología** aplicada tiene un enfoque cualitativo, no experimental, con métodos exploratorio, explicativo y descriptivo. Los **resultados** obtenidos permitirían constituir una infracción de carácter administrativo de conformidad con lo estipulado en el Código Orgánico de la Función Judicial, así como el Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial, sin embargo de lo cual, existe una yuxtaposición al respecto, puesto que, coexiste también la posibilidad de que a través de un Informe de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, se puedan establecer responsabilidades civiles, administrativas y hasta indicios de responsabilidad penal por peculado en contra de los Notarios. En **conclusión** surge la duda de cuál sería la normativa que se debe aplicar si la idea es sancionar al Notario por aquella acción; y, si efectivamente existe una conducta típica, antijurídica y culpable, denominada peculado; así como, si el dinero que reciben los notarios por sus labores, debe ser considerado como público o privado.

Palabras clave:

Notario, Rol, Peculado, Participación estatal, Contraloría, Consejo de la Judicatura.

Abstract

The theme "The Notary against the Crime of Peculate" allows an investigation where, by object, a disquisition of the Notary is carried out and its role of such Ecuadorian legislation, specifically, the problem has to do with its responsibility to cancel the corresponding participation of the Ecuadorian State to each one of the notarial acts that it performs; and if he can respond criminally for the crime of peculation. The objective of this work is to demonstrate that the Notary's conduct in relation to non-payment, incomplete payment, late payment, or, of contributions to the State, is not possible to be subsumed in the crime of Peculate. The applied methodology has a qualitative approach, not experimental, with exploratory, explanatory and descriptive methods. The results obtained would allow an infraction of administrative nature to be constituted in accordance with the provisions of the Organic Code of the Judicial Function, as well as the Regulation of the Notarial Integral System of the Judicial Function, however, there is a juxtaposition in this regard, given that, there is also the possibility of a Report of Responsibilities of the Comptroller General of the State, civil, administrative responsibilities and even indications of criminal responsibility per peculate against Notaries in such participation can be established. In conclusion, the question arises of what would be the regulations that should be applied if the idea is to sanction the Notary for that action; and, if there is indeed a typical, unlawful and guilty conduct, called peculate; as well as, if the money that notaries receive for their work, must be considered as public or private.

Key Words:

Notary, Role, Peculate, State participation, Comptroller, Judicial Council.

Introducción

El presente trabajo surge de la necesidad de dilucidar ciertas dicotomías existentes entre el rol del Notario, su figura dentro de la legislación ecuatoriana, responsabilidades y obligaciones frente a terceros y específicamente frente al Estado, para lo cual, se va a esbozar en primera instancia una breve sinopsis de cómo aparece la figura del notario en el Ecuador, así como, cuál es su misión, y la razón de existencia de la institución notarial. De igual forma, se hará mención a lo que se debe entender por fe pública y la labor que realizan: tanto el Consejo de la Judicatura como máximo órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, de la cual los notarios forman parte según el mandato constitucional, en calidad de órganos auxiliares; así como, las funciones que podría ejercer la Contraloría General del Estado, como órgano de control, fiscalización y auditoría del Estado.

Una vez determinado lo anterior, se analizará el delito de peculado, para finalmente, poder determinar **el problema** planteado dentro del presente trabajo, esto es, si se podría considerar si no pago, pago incompleto, o pago extemporáneo de la participación estatal por parte del Notario, como delito de peculado. Según lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), es una falta gravísima no pagar, pagar incompleto o pagar extemporáneamente la aportación al Estado Ecuatoriano.

Lo anterior es de exclusiva competencia en materia del análisis de la conducta, del Director Provincial de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura. Sin perjuicio de ello, dentro del Consejo de la Judicatura existe el departamento de Auditoría Interna, compuesto por funcionarios de la Contraloría General del Estado, que trabajan en el Consejo, y que cumplen la misma función de investigación de dicha conducta, como el Director.

Dentro de las facultades contempladas según la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Congreso Nacional, 2002) se encuentran precisamente realizar los diferentes tipos de auditorías e informes, que permiten luego de un debido proceso, establecer responsabilidades civiles, administrativas y/o indicios de responsabilidad

penal. No cabe discusión alguna sobre la facultad de control que tiene la predicha institución para con el Consejo de la Judicatura. Lo que no queda claro y será motivo de análisis, es si dicha facultad le permite revisar, auditar y sancionar la actividad notarial, haciéndose un énfasis en el delito de peculado. Al igual que las determinaciones de faltas administrativas son potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

El peculado es de aquellos delitos que por su importancia, por el bien jurídico que protege, no sólo que es imprescriptible sino que además se puede juzgar en ausencia, desde la expedición de la Constitución Política del Ecuador en 1998. Como requisito de procedibilidad para perseguir este delito, era necesaria la existencia previa de un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, sin embargo, desde el 02 de julio de 2019, ya no es necesario el mismo, y bien se puede iniciar un proceso penal sin él. (5-13-IN, 2019).

La fase preprocesal y el proceso penal, pueden comenzar teniendo como génesis un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado por el presunto delito de peculado, lo que conlleva el despliegue de todos los recursos estatales, en aras de comprobar, si se cometió o no el delito y la imposición de una sanción conforme lo obliga la normativa penal vigente; aunque es necesario agotar un trámite administrativo previo a la emisión del informe final, en muy pocos casos, por no decir, en casi ninguno, el auditor resulta ser abogado o entendido del derecho, lo que dificulta a todas luces que su trabajo sea realizado acorde a la normativa legal vigente.

Otra forma es mediante denuncia, que es realizada casi siempre por un particular, debido a que, no es necesario el patrocinio de un abogado, la cual puede ser desestimada ab initio si lo que se consigna en ella no es delito. Lo anterior, no puede ocurrir en el caso de los mencionados informes de Contraloría. También podría comenzar la investigación penal por rogativa del Director Provincial de Control Disciplinario o cualquier otro personero del Consejo de la Judicatura (verbigracia el Director de Transparencia) en cuyo caso parece poco probable pueda desestimarse de entrada dicho petitorio.

Si el informe de la Contraloría General del Estado, es producto de una auditoría, de la lectura de un borrador y del análisis de documentos, la **pregunta del problema** sería, ¿Puede un Fiscal de la lectura del informe, señalar que lo que se consigna allí como supuesta conducta penalmente relevante no es delito?, conforme si lo hacen cuando se trata de denuncia. Acaso, el Fiscal sabiendo que no es delito, so pretexto de que es un informe de la Contraloría y para evitarse problemas, investiga y gasta innecesariamente recursos estatales a pesar de conocer a priori el resultado.

La Contraloría ¿Está capacitada en el ámbito legal, en el real y práctico, para poder establecer indicios de responsabilidad penal en sus Informes? ¿Acaso la Contraloría General del Estado, pese a tener la obligación jurídica de conocer la normativa penal vigente, no ha reparado en verificar si puede o no un Notario cometer delito de peculado?

Es necesario estudiar, profundizar y clarificar los conceptos, para así llegar a definiciones que permitan entender la naturaleza jurídica del dinero que perciben los notarios, y del trámite para realizar las aportaciones, así como de los elementos que componen el tipo penal de peculado, para así evitar enjuiciamientos infructuosos y la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.

La acción tipificada como infracción gravísima y sancionada con la destitución, según el Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, es: no cobrar, apropiarse, cobrar de más las tasas y participaciones al Estado. Corresponde entonces, analizar los elementos constitutivos de la falta administrativa, tanto el sujeto activo, el pasivo, el verbo rector y demás. La construcción jurídica de la infracción según el mencionado artículo, deviene en dos aristas: 1.- Cuando se trata de la “apropiación” de los valores de la tasa notarial, cuando no las cobre o las cobre de más; y, 2.- Cuando no realice el depósito de los valores correspondientes a la participación, o se lo realice extemporáneamente. Adicionalmente, se debe contestar las siguientes interrogantes: ¿Quién se apropia y de qué?, ¿Quién paga?, ¿Qué figura jurídica permite la generación de multas e intereses? Para finalmente, esclarecer la naturaleza jurídica de la tasa y de la participación; y, si el sistema jurídico con relación a lo anterior, excluye o no la

acción penal, o dicho en otras palabras, si la generación de multas e intereses por la falta de pago es excluyente de la acción penal por ser netamente civil.

Consecuentemente **el problema** que se plantea en este trabajo es el siguiente: La inexistencia del delito de peculado con relación al no pago, pago incompleto o pago extemporáneo de las aportaciones de los Notarios al Estado.

El **objetivo general** sería demostrar que la conducta del Notario con relación al no pago, pago incompleto, pago extemporáneo, de las aportaciones al Estado, no es posible de ser subsumida en el delito de Peculado. Entre los **Objetivos específicos** están:

1. Describir que es el pago, origen jurídico, doctrinario y legal; quién debe pagar y cómo se realiza.
2. Analizar la naturaleza jurídica del Notario y del dinero que perciben
3. Examinar el delito de peculado en nuestro marco jurídico.
4. Identificar las consecuencias jurídicas de un enjuiciamiento penal bajo la confusión terminológica existente.
5. Determinar la imposibilidad del cometimiento del delito de peculado por parte de un Notario con relación a su conducta en cuanto al no pago, pago incompleto, pago extemporáneo de las participaciones al Estado.

Necesario, sin duda es contar con quien pueda dar fe pública de los actos y contratos que se celebren entre los particulares, e incluso entre particulares y el Estado. De ahí, que desde el inicio de la historia, como civilizaciones organizadas, han existido los Notarios, o quienes cumplían aquella función, aunque con otros nombres o denominaciones. Con el avance tecnológico se hizo imprescindible la implementación del sistema informático notarial; y, por el crecimiento poblacional, se hizo ineludible la presencia de una mayor cantidad de notarios. Así, en el Ecuador existían 470 Notarías en el 2013, 511 en el 2014; y desde el 2015 hasta la actualidad hay 599, según la estadística que muestra la página web oficial del Consejo de la Judicatura.

La Ley Notarial fue promulgada el 11 de noviembre de 1966, publicada en el Registro Oficial No. 158, mediante Decreto No. 1404, del Gobierno del señor Don

Clemente Yeroví Indaburu. Fue reformada parcialmente en los años 1969, 1978, 1986, 1988, 1992, 1996, 1998, 2002, 2006, 2009, 2011, 2014, 2015 y 2016. En ninguna de esas reformas a la Ley, se establecieron las tablas de valores que se debían pagar por el servicio notarial. De hecho, las tablas de valores aparecen recién por resolución del Consejo de la Judicatura de fecha 23 de junio 1999, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 218, en la cual se fijó el quince por ciento de cada planilla como el pago que debía realizarse al Estado en la cuenta del entonces llamado Banco de Fomento. A través del Art. 3 de la Resolución de ese mismo organismo, de 21 de marzo de 2000, se deroga lo anterior, y se estatuye que, el Notario debía pagar el diez por ciento de lo que en ese entonces se denominaba aranceles. En el 2000 se declaró la inconstitucionalidad tanto del artículo 13 de la Resolución del CNJ publicada el 13 de agosto de 1999, en el Registro Oficial No. 254; así como del Art. 3 de la Resolución de ese mismo organismo, de 21 de marzo de 2000, suspendiéndose totalmente sus efectos. Con el devenir de los años, han sido expedidas algunas tablas, que modifican el valor a pagar por cada servicio notarial, sin que sea el motivo de análisis de este trabajo, verificar cuál es el fundamento fáctico, legal y constitucional para la determinación y el cambio de dichos valores, es imprescindible para efecto de una investigación sea administrativa penal o penal común, tener claro la data de vigencia de cada una de ellas.

Con tales antecedentes históricos, antes de 1999 era imposible escuchar de la intervención de la UAFE¹ u otro organismo encargado de velar por operaciones inusuales de dinero, por ende era casi nula la posibilidad de que, se pudiese sospechar que en la actividad notarial pudiese cometerse lavado de activos u algún otro delito económico. Así como tampoco se escuchaba que la Contraloría General del Estado pudiese intervenir con relación a los dineros que recibían los notarios por su trabajo, a través de la emisión de un informe con indicios de responsabilidad penal por peculado. Como menos aún, el Consejo de la Judicatura podía sancionar con la destitución por el no pago, pago incompleto o pago extemporáneo de la llamada participación que se

¹ En orden cronológico, la Unidad de Investigación Financiera (UIF) fue creada en el año 2005; luego cambia de nombre y se crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) en el año 2010, para posteriormente en el 2016 aparecer la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE).

hace al Estado, del dinero que ganan los Notarios. El Art. 45 de la Ley Notarial establecía que la llamada entonces, Contraloría General de la Nación, podía fiscalizar a los Notarios pero en tanto y en cuanto, se le entregasen dinero para pagar impuestos, nada más.

Los delitos que se cometían con relación a la actividad notarial, usualmente tenían que ver con la falsificación de documentos, tanto públicos como privados, uso doloso de aquellos, suplantación de identidad, pero, se referían en la mayoría de los casos, a delitos en los cuales los Notarios no intervenían, sino más bien eran engañados. Sin perjuicio de los delitos que sí cometían los mismos, y que han sido sujetos de juzgamiento y sanción pública, y que no correspondían a actividades propias de su labor.

Tan importante es la labor del Notario, que ahora inclusive con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, se le ha otorgado competencias exclusivas, lo que conlleva también el asumir nuevas responsabilidades, deberes y obligaciones. El tema se complica cuando, es el Notario, quien con su conducta puede ser investigado civil, administrativa, tributaria, laboral y hasta penalmente, tanto por sus acciones como por sus omisiones, y es en ese marco en el que se desenvolverá esta pequeña obra, específicamente a la luz, de si puede o no el Notario cometer el delito de peculado.

Desarrollo

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82 determina que la seguridad jurídica, es uno de los pilares sobre los cuales se sustenta la Administración Pública, la Administración de Justicia y en sí la democracia.² La seguridad jurídica es la herramienta mediante la cual, los ciudadanos y habitantes del territorio ecuatoriano, tienen plena certeza que se vive en un estado de Derechos y Justicia; y, que como tal, sólo se podrá juzgar a las personas por normas jurídicas claras, públicas y previas, lo que en derecho penal se conoce como el principio de legalidad.

Seguridad Jurídica

La Corte Constitucional (2015), en la mayoría de sus fallos y jurisprudencia con efecto erga omnes, hace mención especial, sobre la relevancia de la seguridad jurídica para todos los ciudadanos ecuatorianos. Así se afirma lo siguiente: “La seguridad jurídica tiene como fundamento esencial la existencia de un ordenamiento jurídico previamente establecido, cuya observancia y correcta aplicación debe darse en los casos concretos por parte de los poderes públicos, de tal manera que los ciudadanos tengan certeza respecto a la aplicación del derecho vigente, y en cuanto al reconocimiento y previsibilidad de las situaciones jurídicas”.

En el Ecuador, los notarios surgieron en la época del Descubrimiento de América, por el año 1492, más o menos, teniendo como fundamento o base legal el llamado Derecho Indiano, que era una mixtura entre el Derecho Canónico y el Derecho Español. El autor Juan Francisco de Castro (2017) indicaba lo siguiente, refiriéndose a los notarios o escribanos: “Apenas dan fe de instrumento en que no intervenga renunciación de algunas leyes romanas que corruptamente citan en las mismas escrituras”.

² Art. 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Señala el autor (Murrieta, 2010). Sucede en el orden notarial tanto o más que en lo judicial, el peso de las fórmulas judiciales era abrumador, tal es el caso la siguiente: <<de conocer doy fe>>, frase que actualmente está en plena vigencia”, Luego como antecedente histórico legislativo está la Ley Notarial que data de 1966, la cual ha tenido modificaciones, pero no ha sido pese al paso del tiempo derogada totalmente. En la época de la Colonia, se nombró como primer escribano y Notario Público, al señor Antonio de Henao, el 9 de septiembre de 1683. Una vez analizada, la cronología de la existencia de la figura del notario, en el Ecuador, es necesario determinar cuál es su rol.

El rol del Fedatario, ha sido concebido por la doctrina, en dos instancias, en primer lugar como un consultor o intérprete de las voluntades de quienes acuden ante él, y en segundo lugar, una función jurídica. En el Ecuador, sin embargo es necesario resaltar que la Función Social a la que se hace referencia en líneas anteriores, no es aplicable, puesto que, los notarios no son los que redactan los contratos, debido a que para esto, se realizan las minutas que son elaboradas por profesionales del Derecho que son escogidos por el libre albedrío de los comparecientes. Consecuentemente, el notario sólo escucha la voluntad de las partes, no los asesora. El tratadista Carlos González (1971) indica que:

El Notario protege el interés de la sociedad, cuando se recurre a él para buscar el consejo, la verdad o el reconocimiento de un derecho y por ello el Estado está interesado en afirmar cada vez más este sistema de organización de la fé pública que da seguridad absoluta a la vida jurídica civil de sus habitantes.(Pag.41).

Consecuentemente, se puede afirmar entonces, que el Notario es la persona que guía a los comparecientes, dando fe pública de la naturaleza jurídica de los actos puestos en su conocimiento, así como, brinda legitimidad y legalidad a los mismos. En otras palabras, el Notario, ajustado a la seguridad jurídica contemplada en la Constitución de la República del Ecuador, vela porque exista veracidad formal y de fondo a efectos de que la escritura pública goce de total eficacia. Una vez revisado a breves rasgos el rol

del notario, es fundamental para mejor comprensión de este trabajo, determinar a groso modo qué significa el principio de legalidad y tipicidad.

El Autor Thomson Reuters (2015) indica lo siguiente: “Principio de legalidad en la actuación de la Administración surge con el Estado democrático que emergió de la Revolución Francesa de 1789. En el estado monárquico absoluto todo el Derecho no era sino una emanación de la voluntad del soberano, del monarca, de modo que toda actuación del poder público no era sino una concreción de la voluntad del rey. Toda norma y toda actuación del poder encontraban su justificación en tanto en cuanto estuvieron mal amparadas en la voluntad del rey, lo que se llamó principio monárquico. Por eso los hombres eran súbditos, por cuanto estaban sujetos al poder y voluntad del rey”. (Pag.22).

Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador (2018) , ha definido el principio de legalidad de la siguiente forma: “Justamente el respeto al principio de legalidad que rige los recursos procesales es el elemento que permite a los operadores de justicia garantizar la seguridad jurídica de las partes que intervienen en la causa que se sustancia, de modo que no exista dispersión ni caos en el desarrollo de la causa, sino por el contrario, se garanticen los derechos de las partes y se procure la unidad y orden del proceso en sus etapas preclusivas. Por ello, la restricción de la interposición de ciertos recursos establecida por el legislador es una medida razonable en tanto y en cuanto procura el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de la contienda, así como ordena y racionaliza su ejercicio.

Asimismo, la Corte Constitucional (2013) hace una diferenciación entre el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, y determina: “Ahora bien, gran parte de la doctrina sostiene que el principio de legalidad es lo mismo que el principio de reserva de ley, sin embargo, el segundo es un subprincipio integrante del primero, así, a palabras de Guillermo Salazar: "La existencia de las reservas de ley nacidas de la Carta Magna y del principio <<nulla poena sine lege>> tiene un efecto jurídico fundamental: la imposibilidad constitucional para que el legislador renuncie a su facultad legislativa en lo que constituye la materia reservada. Es decir, que el legislador siempre puede autorizar a la Administración la regulación de ciertas áreas pero la Constitución Política

prohíbe dicha renuncia cuando el constituyente ha deseado que determinadas materias solo puedan normarse mediante el procedimiento legislativo", 9 entre dichas materias a las cuales se refiere el autor se encuentra la rama tributaria, misma que además del reconocimiento del principio de legalidad como principio rector, incluye al subprincipio de reserva de ley.

“García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2013) dicen que la tipicidad es <<la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa>>. De una forma descriptiva y a la vista de la doctrina del TC, podríamos definir el principio de tipicidad como aquella parte esencial de la garantía material del principio de legalidad que comporta un mandato de taxatividad o certeza, que se traduce a la exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), exigencia que tiene implicaciones no sólo en la fase de elaboración de las normas, sino también en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por la Administración y los Tribunales”.

Para poder analizar el problema del trabajo, se debe señalar cuál es el marco jurídico aplicable a la conducta del notario, desde el punto de vista punitivo, teniendo como escenario jurídico su actuación con relación a la tasa y a la participación al Estado. En ese sentido, se tiene por un lado al Código Orgánico de la Función Judicial, y por el otro al Código Orgánico Integral Penal, siendo que, por la naturaleza de cada una de las normas, no son compatibles entre sí, a prima facie.

Sin perjuicio, de que se invoque el Código Orgánico Integral Penal o el Código Orgánico de la Función Judicial, o cualquiera otra que establezca una hipótesis de conducta y una sanción, se deben respetar tanto el principio de legalidad, en su vertiente más básica de *nullum crimen, nulla poena sine lege*; como su subprincipio, el de reserva de ley, esto es, que solamente el legislador debe tener, en un estado democrático, donde prima el derecho penal de acto, la facultad de elevar a la categoría de delito, aquellas conductas que dañan o ponen en peligro aquellos bienes jurídicos que son relevantes para nuestra coexistencia. Es imprescindible así también comprender que, no solamente que el legislador debe ser el único que tipifique delitos,

sino que además, debe hacerlo de manera clara, precisa, concreta, para así evitar no sólo la impunidad sino los abusos de quien ostente el poder. Por tanto, en este trabajo se analizarán los tipos penales administrativos y el delito de peculado, bajo estos principios, a efecto de dilucidar hasta dónde la conducta del Notario puede subsumirse en todos, o en alguno de ellos, sea de manera excluyente o incluyente.

La presente investigación tiene como objetivo analizar si el incumplimiento del rol del notario relacionado al no pago, pago incompleto, pago extemporáneo de la Participación del Estado podría ser considerado delito de peculado. A efectos de llegar a esta finalidad, se va examinar los elementos que componen la figura delictual de peculado, así como, determinar si el dinero que recibe el Notario por concepto de tasas notariales es de origen público o privado; y finalmente, los roles que cumplen el Consejo de la Judicatura y la Contraloría General del Estado en este tema.

El Notario

El término Notario proviene del latín *Notarius*, sustantivo que se refiere al Escribano Público. (Nicolliello, 2006). Su origen data del Derecho Romano. En la antigüedad, no existía la palabra “*Notarius*” como tal, pero es común encontrar en los libros de Historia, denominaciones que se asemejaban a las de un Notario, como: *Actuarii*, *Argentorii*, *Cancellorii*; *Cognitores*, entre otros; todos ellos denominados en el genérico de Escribanos. Aun cuando siempre se piensa que los fedatarios, sólo intervenían en temas civiles, comerciales, se debe precisar que inclusive intervenían en el procedimiento penal (época de la Inquisición), específicamente en las torturas judiciales, ya que, estas se realizaban solamente si se encontraba presente un Fedatario. (Rafecas, 2015). De ahí que, como hasta la actualidad, la presencia del Notario garantiza la solemnidad de los actos que le son puestos en su conocimiento para revestirlos de fe pública.

De ahí, que como hasta la actualidad, la presencia del Notario garantiza la solemnidad de los actos que le son puestos en su conocimiento para revestirlos de fe pública. Claro está que conforme el devenir del tiempo, las concepciones y funciones del Notario han cambiado. Si se parte de una definición legal, la Ley Notarial, realiza una primera aproximación sobre lo que se debe entender por notario, cuya data es de

1966.³ La fe pública es un término cuyo concepto es amplio y su definición difícil de limitar, tanto como cuando se habla de la libertad, la vida, o algún otro bien jurídico. El antecedente sería el afán de buscar cómo probar documentadamente, una o varias declaraciones de voluntad, perpetuar o tutelar hechos, actos o situaciones jurídicas. Tanto es así que se puede verificar la leyenda: “De lo cual doy fe...”, en algunas diligencias notariales. La Constitución de la República del Ecuador, señala al respecto de la fe pública, que sus depositarios son los notarios, sin definirla propiamente.⁴ A su vez, el Código Orgánico de la Función Judicial, define al Notariado como un órgano auxiliar de la Función Judicial y determina sobre qué actos se daría fe pública.⁵

No existe en el ordenamiento jurídico positivo ecuatoriano una definición legal a la cual se pueda recurrir, para entender lo que es la fe pública, por tanto, es necesario elaborar una definición que sirva como derrotero, para el desarrollo y mejor explicación de este trabajo. La fe pública es la confianza y seguridad de tener, por mandato sea constitucional o legal, o ambos; como verdad contra y frente a todos, la existencia de un documento, o las aseveraciones contenidas en ellos; o que los actos, hechos o situaciones jurídicas han ocurrido; o que la persona que manifestó unilateralmente su voluntad, así lo realizó; sin perjuicio de que, de los asertos vertidos en las declaraciones, el Notario no de fe alguna.

³ “Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte”

⁴ “Art. 200.- Las notarías y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarías y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución”.

⁵ “Art. 296.- NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial”.

Atribuciones y deberes de los notarios

Los Notarios son una categoría de Servidores Públicos muy especial. Lo anterior en virtud de que, si bien es cierto, el notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial, las responsabilidades, deberes y obligaciones sobrepasan lo que taxativamente enumeraba el Art. 18 de la Ley Notarial, ahora tienen competencias exclusivas en cuanto a lo que se llama jurisdicción voluntaria, que no es ni tan jurisdicción, ni tan voluntaria; pero que lleva consigo la altísima responsabilidad de conocer procedimiento civil; tiene obligaciones administrativas como subir al sistema informático, la declaración de la UAFE; obligaciones tributarias como son las declaraciones de impuesto a la renta, IVA, obligaciones laborales respecto a cada uno de los que trabajan en cada Notaría; obligaciones de inquilinato para aquellos que arriendan sus oficinas.

Sin perjuicio de los deberes que se han citado, y que conllevan su propio mecanismo procesal y de sanción, existe adicionalmente una obligación que tampoco consta en el catálogo que detalla el Art. 18 de la Ley Notarial, por lo que pensar o suponer que el Notario sólo debe hacer lo que estatuye dicho artículo, no sólo que es una imprecisión, sino que es un craso error según el autor Sergio Alejo (2016); y esta se refiere al pago que de manera mensual debe realizar el Notario, por concepto de la participación al Estado, cuando supera la cantidad fijada por el Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 304, dinero que proviene de la tasa que se cobra por servicios notariales. Y a partir de esta base legal, se desarrolla la temática respecto a cuál normativa legal es aplicable en cuanto al incumplimiento de lo arriba descrito, y por ende, qué tipo de proceso, y qué tipo de sanción es la legal y constitucionalmente adecuada.

Según Vicene Font Boix (2017), “el Notario no ejerce una función pública en sentido propio, sino más bien una función privada de interés público en el ámbito de los intereses de los particulares actuando como un profesional del Derecho”, señala Murrieta (2010) que es absolutamente cierto, debido a que la fe pública no es sólo privativa del notario y esta tiene más interés social y legal que judicial o administrativo.

Del fuero

Se debe hacer mención de un tema que parece, en el mundo práctico, no presentar mayores problemas, pero en realidad, existen criterios opuestos en cuanto a saber quién es el competente para conocer, investigar y resolver los procesos penales iniciados en contra de los Notarios y qué ley se debe aplicar. Etimológicamente, la palabra fuero proviene del latín fórum cuyo significado es recinto sin edificar, plaza pública, vida pública y judicial. Posteriormente en la Edad Media se acoge el término fuero en referencia al Derecho local. A fines de esta época medieval se lo asimila como privilegio. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017)

Se entiende por fuero, como “una excepción relativa a la regla de sometimiento general de todas las personas, a la función jurisdiccional y es una institución que nació como una defensa de ciertos cuerpos legislativos frente a los soberanos. Actualmente, debe ser considerada una protección para que ciertos servidores públicos no sean sometidos a la jurisdicción ordinaria” (Gómez Lara, 2000)

Por su parte, se afirma además, que el fuero es: “según su génesis, un privilegio que se confiere a determinados servidores públicos para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento, así como para mantener el equilibrio entre los Poderes del Estado, dentro de regímenes democráticos.” (Poder Judicial de la Federación Judicial mexicana, 1996)

Una vez definido lo que se entiende por fuero, es necesario indicar que en la Ley Notarial, en su Art. 6, estatuye que los Notarios gozarán de fuero de Corte, por tanto, correspondería que el Fiscal provincial respectivo investigue la fase pre procesal y procesal penal; y su Juez natural sería una de las Salas Especializadas de la Corte Provincial. Se debe recordar que la época en la cual se promulgó la Ley Notarial, los Notarios eran nombrados directamente por la Corte Provincial, y era aquella Corte la que juzgaba a los mismos, por las faltas que cometieren en el ejercicio de sus funciones. Aquello se entiende, bajo la premisa de que, quien los nombra debería ser quien tiene la potestad de removerlos, sacarlos, enjuiciarlos y hasta destituirlos, conforme lo señala la misma Ley Notarial, verbigracia, el Art. 45 inciso segundo.

Por otro lado, existe también el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece en el Art. 208, quienes son los funcionarios que están sujetos al fuero de Corte Provincial, y dentro de ese listado, no se nombra a los Notarios, por tanto, la investigación pre procesal y procesal penal le correspondería a Fiscales de primer nivel y consecuentemente a Jueces del mismo nivel. En este mismo orden de ideas, existe el Oficio No. 253-P-CNJ-2018, de fecha 09 de febrero de 2018, elaborado y suscrito por la Presidente de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual absuelve “una consulta”, y en el que textualmente indica, en su parte medular: “Al existir norma legal expresa que regula el fuero de Corte Provincial de los señores notarios, no es necesario un pronunciamiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia...”

El argumento utilizado por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se circunscribe a que, en el Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su numeral 2 se consigna la frase: “2. Conocer, en primera y segunda instancia, toda causa penal y de tránsito que se promueva contra las personas que se sujetan a fuero de corte provincial”; y, que el fuero de corte provincial para los Notarios lo prevé el Art. 6 de la Ley Notarial, el cual no está derogado hasta la presente fecha.

Si bien es cierto que el mencionado Art. 6 de la Ley Notarial no está derogado ni ha sufrido modificaciones desde la expedición de esa ley en 1966, no es menos cierto que a renglón seguido del numeral 2 del mismo Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, se indica quienes están sujetos a fuero de corte, por lo que, de seguir el razonamiento constante en el Oficio No. 253-P-CNJ-2018, se debe entender que aquella puntualización de funcionarios es netamente ejemplificativa y no taxativa, correspondiendo entonces ir a cada cuerpo legal para verificar si está o no sujeto a un fuero.

Lo anterior, no parece del todo acertado, esto implica interpretar el Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, de manera textual o gramatical, pero parcial; y por su estructura sería mejor realizar una interpretación sistemática integral, en donde se lo entienda como una unidad todo el artículo, y por ende, su sentido debe abarcar totalmente el texto, y no solamente a una parte de aquel. La construcción gramatical: “Se sujetan a fuero de corte provincial” no es por ningún lado ejemplificativa, así como

tampoco indica la norma una frase como: “Sin perjuicio de los servidores que están sujetos a fuero según sus leyes especiales, se someterán también los siguientes: ...”.

Siguiendo con la disquisición, se tiene que revisar la figura de la derogatoria de las leyes, es necesario hacer un breve preámbulo, para poder distinguir si efectivamente la norma contenida en el artículo 6 de la Ley Notarial se entendería derogada o no, y si fuera expresa o tácita la misma. Es imperioso destacar que el Código Civil, vigente, determina en su artículo 37 lo siguiente: “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga a la antigua. Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial” (Congreso Nacional, 2005) Es decir, no hay mayor dificultad al leer y entender esta norma, lo que implica, el mismo Código Civil, indica que cuando se produce la derogación tácita, se mantiene en vigencia todo lo que no entre en conflicto con la nueva ley.

Se puede afirmar entonces que la derogatoria de una ley es el cese de la vigencia, producto de la promulgación de una norma legal posterior, es decir, toda norma puede ser cambiada, reformada o derogada por nuevas leyes, esto con base en el hecho cierto de que el derecho es cambiante y evoluciona junto con la sociedad. Es necesario hacer hincapié, en que las normas no son otra cosa que una expresión de la voluntad soberana, la cual puede modificarse o mutar en cualquier momento. Lo anterior es normal en un estado democrático y de derechos, puesto que, las normas deben ir de la mano con los cambios propios de la sociedad para poder ser aplicables y ejecutables; debido a que, ninguna norma jurídica puede regir por un tiempo indefinido, por la concurrencia del cambio de supuestos que la originó.

Por su parte, la Jurisprudencia ecuatoriana al referirse a la derogación de las leyes indica lo siguiente: “Habiéndose expedido leyes especiales, es lógico que se apliquen dichas leyes especiales, en todos los casos previstos por ellas, conformándose con el espíritu que ha informado la necesidad de expedir una nueva legislación para las relaciones del trabajo; y por consiguiente, no deben aplicarse las leyes generales cuando éstas se hallaren en oposición con las finalidades que determinaron la expedición de las nuevas leyes.” (Derogación tácita, 1933)

La ex Corte Suprema de Justicia emite un fallo respecto a la derogatoria indicando lo siguiente: “El fallo de segunda instancia se basa en la Resolución de la Corte Suprema de Justicia del 24 de abril de 1968, publicada en el Registro Oficial 374 del 9 de mayo de 1968. Dicha resolución como norma obligatoria ha dejado de tener vigencia jurídica, al dictarse la nueva Constitución Política del Estado, la que en el Art. 137 establece que la Constitución es la Ley Suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos Constitucionales. No tienen valor alguno las Leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo estuvieron en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones.” (Derogatoria tácita, 1990)

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 425, establece el orden jerárquico normativo, y dentro de aquel, por sobre las leyes ordinarias están las orgánicas, y en ese sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial prevalece sobre la Ley Notarial. El segundo inciso del mencionado artículo de manera clara indica: “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. ¿Existe un conflicto entre el Art. 6 de la Ley Notarial y el 208 del Código Orgánico de la Función Judicial? Existe una norma que le otorga fuero de Corte al Notario, y hay otra en la cual no se lo nombra como aquellos que gozan de fuero. El problema debería resolverse con la aplicación de la norma jerárquica superior.

Desde que se creó en 1998, el Consejo de la Judicatura empezó a nombrar mediante concurso de merecimientos y oposición, a las autoridades y servidores que integran la Función Judicial, incluyendo los Notarios, es decir, ya no es la Corte Provincial del Guayas (ex Corte Superior de Justicia de Guayaquil), el ente que nombra ni que nombra los Notarios, de tal suerte, que la razón del fuero dejó de existir y por ende mantenerlo parece no tener mayor argumento, debido a que, ahora el nombramiento y estabilidad depende de esta última entidad, quien ahora tiene el poder de juzgarlos administrativamente y hasta destituirlos.

Con ese escenario, el Notario deberá ser juzgado por Fiscales y Jueces de Primer Nivel, tanto en fase preprocesal y procesal penal, y en el caso de la segunda instancia (por la interposición de algún recurso procesal vertical) ante la Corte Provincial de Justicia respectiva. Lo anterior, no afecta ningún derecho constitucional del Notario, ni tampoco provoca indefensión, menos aún vulnera el debido proceso, lo que se debe hacer es aplicar la ley jerárquicamente superior, obviando la opinión contenida en el Oficio No. 253-P-CNJ-2018, debido a que en la jerarquía normativa no está ni siquiera en el último escalón, ya que, en el mundo jurídico constituye solamente una opinión. A contrario sensu, se podría plantear como reforma al Código Orgánico de la Función Judicial el incluir, entre las personas que gozan de fuero de Corte Provincial, a los notarios, a efecto de mantener lo que según este trabajo estuvo vigente desde 1966 hasta el 2009 fecha en la cual se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial.

De la Contraloría General del Estado

La Contraloría General del Estado, por mandato constitucional es el organismo técnico encargado del control de los recursos estatales; y de las personas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, así lo estatuye el artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador. (Asamblea Constituyente, 2008). La Contraloría puede intervenir sea a través de exámenes generales, exámenes especiales, auditorias, claro está, bajo el parámetro antes indicado que consta claramente redactado en la Constitución.

Corresponde analizar si bajo el precepto constitucional la Contraloría puede ejercer sus funciones de control respecto a la actividad notarial. Al respecto, a los notarios por mandato legal y constitucional, no se los debe asimilar a una persona jurídica de derecho privado, pues, no lo son. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundación de beneficencia pública⁶, y sin necesidad de mayor análisis no son ni lo uno ni lo otro; tampoco es parte de un ente, ni dependencia del Gobierno Central, ni Seccional, ni Autónomo Descentralizado, en consecuencia, la Contraloría General del Estado no podría intervenir las Notarías, puesto que, en Derecho Público

⁶ Art. 564 del Código Civil: "Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública".

sólo se puede hacer lo que la ley permite, y no se puede aplicar una interpretación extensiva cuando se tratan de normas controladoras y sancionadoras, porque eso afecta al principio de legalidad en el Derecho Penal Administrativo, y a nivel constitucional atenta contra la seguridad jurídica.

Ni siquiera vale la pena entrar en el análisis, por ahora, respecto a si hay ingresos de recursos públicos o no, en las Notarías; puesto que, si no se trata de una entidad de derecho privado menos aun interesa si recibe dinero público. Es de mencionar que las Notarías no son instituciones del Estado, más adelante se entrará en detalle, aunque la razón más obvia, es porque no aparecen ni constan como tales, en el Presupuesto General del Estado.

Sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha sostenido, se ha tomado como unidad de análisis para el presente trabajo, el Informe General DAI-AI-0431-2015, emitido por la Contraloría General del Estado, que sirvió como antecedente para la emisión de un segundo informe en el que se establecían indicios de responsabilidad penal en contra de varios Notarios a nivel nacional, a los cuales por protección del buen nombre y honra, no se los publica por no contar con el permiso respectivo de sus titulares, basándose entre otros argumentos, por haber incumplido las normas de Control Interno No. 100-01 expedida por la Contraloría General del Estado (2009), la cual rige para entidades y organismo del sector público, así como para personas jurídicas de derecho privado, sin que la Contraloría haya reparado en los argumentos antes expuestos, por lo que, se torna ineludible esclarecer lo siguiente:

“El control interno será responsabilidad de cada institución del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos y tendrá como finalidad crear las condiciones para el ejercicio del control. El control interno es un proceso integral aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada entidad, que proporciona seguridad razonable para el logro de los objetivos institucionales y la protección de los recursos públicos. Constituyen componentes del control interno el ambiente de control, la evaluación de riesgos, las actividades de control, los sistemas de información y comunicación y el seguimiento. El control interno está orientado a cumplir

con el ordenamiento jurídico, técnico y administrativo, promover eficiencia y eficacia de las operaciones de la entidad y garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información, así como la adopción de medidas oportunas para corregir las deficiencias de control.”

Ahora bien, a efectos de poder profundizar en el tema materia de análisis, resulta imperioso dejar sentadas ciertas definiciones que trae la legislación civil común, así como, la Constitución de la República del Ecuador, sobre lo que se debe entender por personas y su clasificación, así como, sobre la seguridad jurídica. El Código Civil, como norma general clasifica a las personas, de conformidad a lo que estatuyen los artículos 41 y 564 primer inciso, en: naturales y jurídicas.⁷ Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82, consagra como uno de los derechos básicos de toda persona, elevándolo al rango constitucional, el de la seguridad jurídica.

Respecto a la seguridad jurídica, Pérez (1991) realiza las siguientes acotaciones y se la concibe como: “La cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho”. Por su parte, Manuel Atienza (1985) sostiene que debe entenderse a la seguridad jurídica como: “La capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros los valores de libertad e igualdad”.

Lo anterior, es concordante con lo que establece el Art. 211 de la Constitución de la República del Ecuador⁸, (2008) que indica que es función de la Contraloría General del

⁷ “Art. 40.- Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el Título final de este Libro.

Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídanse en ecuatorianos y extranjeros.

Art. 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

⁸ “Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”

Estado, el control de la utilización de recursos estatales, que no fueron, no son, ni serán los ingresos que perciben los Notarios. Así como también, controlará los ingresos de las personas jurídicas de derecho privado cuando sean dineros públicos, que tampoco pueden ser considerados como tales los ingresos de las Notarías como se deja establecido en líneas anteriores, lo cual es concordante también con el Art. 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que se reproduce a continuación:

“**Art. 1.-** Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

¿El notario recibe recursos públicos? ¿Si los recibe es bajo alguna condición? ¿Administra y custodia bienes públicos? No. Lo único que recibe del Estados es un nombramiento y el depósito de la Fe Pública. Es necesario tomar en consideración cuando se analizan los informes de Contraloría: las fechas en que emana la orden de trabajo, el período a examinar, y la legislación Constitucional, legal, reglamentaria vigente al tiempo del periodo señalado, conforme se detallará su importancia más adelante.

Continuando con el análisis del tema en reflexión, es necesario mencionar lo que determina el artículo 1 de las Normas para el Control del Cumplimiento de los deberes de Notarios a Nivel Nacional⁹ (Consejo Nacional de la Judicatura, 2013). La disposición transcrita establece claramente la obligación que tiene el Director Provincial del Consejo de la Judicatura, respecto a la vigilancia del cumplimiento de

⁹ “NORMAS PARA EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE LAS NOTARIAS Y NOTARIOS A NIVEL NACIONAL. Art. 1.- Las Directoras y Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura realizarán (sic), dentro de su ámbito territorial, tienen la obligación de realizar el control al cumplimiento de los deberes de las notarías y notarios, constantes en el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y Resoluciones del Consejo de la Judicatura.”

los deberes de los notarios; y, en ese sentido, se verifica que, debería exigirse antes de cualquier otra cosa, se realice tal control, previo la intervención de la Contraloría, porque, de no hacerlo, la falta de un control más cercano podría ser la causa de ulteriores problemas, y el no detectar esa falla torna en ineficiente el sistema de control.

En otras palabras, si la Contraloría tuviese la potestad de intervenir a los Notarios, que a prima facie se puede afirmar que no la tiene, primero debe haber sido el Director Provincial del Consejo de la Judicatura, quien requiera dicha acción. En el caso que se toma como unidad de análisis, esto es, el Informe General DAI-AI-0431-2015, no ocurrió lo anterior, por ende se demuestra fehacientemente el incumplimiento de las obligaciones impuestas al Director del Consejo de la Judicatura, lo que si debió ser observado por la Contraloría.

Se establece como parte de la justificación para la actuación de la Contraloría General del Estado, en cuanto a la auditoría a las Notarías: el incumplimiento de la NCI 405-2004.¹⁰ (Contraloría General del Estado, 2009). Incumplir la NCI 405-2004, implica no tener evidencia documental suficiente, pertinente y legal de sus operaciones.

¹⁰ "405-04 Documentación de respaldo y su archivo.- La máxima autoridad, deberá implantar y aplicar políticas y procedimientos de archivo para la conservación y mantenimiento de archivos físicos y magnéticos, con base en las disposiciones técnicas y jurídicas vigentes. Toda entidad pública dispondrá de evidencia documental suficiente, pertinente y legal de sus operaciones. La documentación sustentatorios de transacciones financieras, operaciones administrativas o decisiones institucionales, estará disponible, para acciones de verificación o auditoría, así como para información de otros usuarios autorizados, en ejercicio de sus derechos. Todas las operaciones financieras estarán respaldadas con la documentación de soporte suficiente y pertinente que sustente su propiedad, legalidad y veracidad, esto permitirá la identificación de la transacción ejecutada y facilitará su verificación, comprobación y análisis. La documentación sobre operaciones, contratos y otros actos de gestión importantes debe ser íntegra, confiable y exacta, lo que permitirá su seguimiento y verificación, antes, durante o después de su realización. Corresponde a la administración financiera de cada entidad establecer los procedimientos que aseguren la existencia de un archivo adecuado para la conservación y custodia de la documentación sustentatorios, que será archivada en orden cronológico y secuencial y se mantendrá durante el tiempo que fijen las disposiciones legales vigentes. Los documentos de carácter administrativo estarán organizados de conformidad al sistema de archivo adoptado por la entidad, el que debe responder a la realidad y a las necesidades institucionales. Es necesario reglamentar la clasificación y conservación de los documentos de uso permanente y eventual, el calificado como histórico y el que ha perdido su valor por haber dejado de tener incidencia legal, técnica, financiera, estadística o de otra índole. La evaluación de toda la documentación y la destrucción de aquella que no se la utiliza se hará de conformidad a las disposiciones legales, con la intervención de una comisión que se encargue de analizar, calificar y evaluar toda la información existente y determinar los procedimientos a seguir, los períodos de conservación de la documentación, los datos relacionados con el contenido, período, número de carpetas o de hojas y notas explicativas del documento."

Pero acaso incumplir per se, la NCI 405-2004, ¿equivale a cometer delito de peculado? No. Este problema era más evidenciable cuando se trataba de los “encargos”, aclarando que antes, los Notarios titulares eran los que suplían a los otros titulares que por algún motivo tenían que ausentarse, los cuales ejercían sus funciones de encargado desde otra oficina donde no constaba el archivo de la Notaría del encargo. Si se realiza un examen cuando se estaba encargado o en calidad de suplente, la petición y entrega de documentación que formula la Contraloría, debía requerírsela a quien sea el titular, pues, toda la documentación reposa en un archivo notarial no en uno personal. En la actualidad, ocurre rara vez aquello, puesto que el suplente es nombrado por petición del titular y hace oficina en el mismo sitio, por tanto, no podría por lo menos en teoría, estar los documentos en otro archivo que no sea de la misma Notaría.

La participación al Estado

El Primer Consejo Nacional de la Judicatura (denominación de aquel entonces), expidió la primera Tabla de “Aranceles Notariales”, nombre que se mantuvo hasta el 2015, en el cual, la Tabla pasó a ser de “Tasas y/o Aranceles Notariales”, denominación que se mantiene hasta la actualidad. (Consejo de la Judicatura, 2018)

Resulta necesario indicar que hay dos términos que se usan en la legislación penal administrativa, el uno es tasa, el otro es participación. La tasa en teoría es el valor que se cobra por el servicio notarial, dependiendo del acto que se solicita. La participación al Estado en teoría es el valor porcentual que paga el Notario de aquella tasa. Se sanciona tanto el no cobro de la tasa, como el no pago de la participación. Se factura en virtud de la tasa, pero la participación no va incluida en la factura. Según la Constitución en su Art. 199, el valor recuperado de la tasa ingresará al Presupuesto General del Estado, sin embargo, los valores por las tasas ingresan exclusivamente a las cuentas de los Notarios, y más bien la participación se la depositaba antes en la Cuenta Única del Tesoro y ahora en el Banco del Pacífico, en la cuenta del Consejo de la Judicatura, de cada Dirección Provincial.

En el último reglamento expedido, esto es, el Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial, se alude, en todo momento a Tasas Notariales, sin

embargo de lo cual, también se refieren en algunas ocasiones al porcentaje de participación al Estado. El Código Orgánico de la Función Judicial respecto a este tema le denomina participación al Estado. Las preguntas serían: ¿Es una tasa o participación, o se paga una participación de la tasa notarial? ¿Se puede dividir una tasa en dos valores diferentes? ¿Las tasas generan impuestos?

Para efectos de este trabajo, se debe tener en claro, sin perjuicio de la explicación en detalle que más adelante se hará, que en cuanto a la llamada tasa notarial se sanciona su no cobro, situación muy compleja de que ocurra, pues, si no se cancela dicho valor, el acto o trámite notarial no se culmina, porque el sistema no brinda el extracto del mismo. En cuanto a la llamada participación se sanciona su no pago, pago incompleto o pago extemporáneo. La participación proviene de un cálculo que se realiza de la tasa cobrada. Tanto las llamadas tasas como participación pueden generar por su no pago intereses, por ser de naturaleza bien tributaria o civil.

De la normativa administrativa referente a la participación

Existen las siguientes resoluciones que modifican las tasas notariales respecto a la participación del estado, multas e intereses, estas son: 17-2011; 209-2011; 25-2012; 31-2012; 32-2012; 33-2012; 36-2012; 73-2012; 80-2012; 180-2012; 127-2012; 10-2015; 34-2015; 79-2015; 143-2015; 176-2015; y, 353-2015. De las cuales se puntualiza para mayor ilustración el orden cronológico de expedición y vigencia:

1. 017-2011 expedida en Quito, el 20 de octubre del 2011.
2. 209-2011 expedida en Quito, el 29 de diciembre del 2011.
3. 025-2012 expedida en Quevedo, el 29 de marzo del 2012
4. 031-2012 expedida en Riobamba, el 26 de abril de 2012.
5. 032-2012 expedida en Riobamba, el 26 de abril de 2012.
6. 033-2012 expedida en Riobamba, el 26 de abril de 2012.
7. 036-2012 expedida en Quito, el 2 de mayo de 2012.
8. 073-2012 expedida en Quito, el 19 de junio de 2012.
9. 080-2012 expedida en Quito, el 3 de julio de 2012.
10. 127-2012 expedida en Quito, el 2 de octubre de 2012.

11. 180-2012 expedida en Quito, el 26 de diciembre de 2012.
12. 010-2015 expedida en Quito, el 29 de enero del 2015.
13. 034-2015 expedida en Quito, el 2 de marzo del 2015.
14. 079-2015 expedida en Quito, el 21 de abril del 2015.
15. 143-2015 expedida en Quito, el 25 de mayo del 2015.
16. 176-2015 expedida en Quito, el 17 de junio del 2015.
17. 353-2015 expedida en Quito, el 4 de noviembre del 2015.

Como se señaló en líneas anteriores, es de suma importancia verificar la data de cada tabla, debido a que varían los montos, y cada una de las resoluciones ha tenido su tiempo de vigencia y por ende, su lapso de obligatorio cumplimiento, lo cual determinará de una u otra manera, la forma y porcentaje en que se debe calcular los valores a pagar, y entonces, se puede empezar por aseverar que un auditor que no es abogado, difícilmente podrá establecer con algo de fundamento teórico, técnico y científico, cuál resolución utilizar, de acuerdo a su vigencia o derogación, expresa o tácita, total o parcial. En mérito a lo anterior, resulta imperiosa la necesidad de establecer la diferenciación entre impuesto, arancel y tasa.

Los tributos son una clase o modalidad de ingreso público de Derecho Público fundamentado en la capacidad económica de sus destinatarios. “Es una obligación legal y pecuniaria, fundamentada en la capacidad económica del deudor; y, establecida en favor de un ente público en régimen de derecho público para atender sus necesidades económicas”. (Menéndez Moreno, 2009)

Así también, es necesario mencionar lo que el tratadista Pérez de Ayala (1968) indica sobre el concepto de tributo: “La doctrina moderna admite pacíficamente, siguiendo el concepto elaborado por Gianini, que el tributo se define por las siguientes características: 1. Son prestaciones debidas por mandato de la ley, a un ente público. Es decir la obligación de pagar el tributo es una obligación “ex – lege”. 2. Encuentran su fundamento jurídico en el poder de imperio del Estado. Son ingresos de Derecho Público. 3. Se imponen con el fin de proporcionar medios con que cubrir las necesidades públicas.

Consecuentemente, se establecen las características propias del tributo: son un ingreso público, surgen de la ley; y se determinan en virtud de la capacidad económica de los contribuyentes. Ahora bien, el artículo 6 del Código Tributario también da una definición de tributos, estableciéndolos como un instrumento de política económica general.¹¹

De igual forma, el artículo 1 del Código Tributario, da una clasificación de los tributos, a saber: “entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora” (Congreso Nacional, 2005). Dicha clasificación ha sido aceptada unánimemente en casi todas las legislaciones, así por ejemplo en Colombia, en el artículo 338 de la Constitución, se presentan tres especies de tributos: el impuesto, la contribución y la tasa.

Respecto a este tema, es imperioso realizar un estudio de lo que encierra esta clasificación, realizando una primera aproximación, se puede mencionar lo siguiente: En la Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, el 20 de mayo de 1966, se indica: “... son tasas, las exacciones a que, para la realización de ciertas actuaciones suyas, la administración somete a las personas que en casos determinados promueven su actividad; y, contribuciones especiales las que se satisfacen con motivo o para la ejecución o mantenimiento de instituciones de interés comercial, por quienes con ellos han de resultar beneficiados... Al impuesto lo distingue ser una prestación pecuniaria que debe erogar el contribuyente sin ninguna contraprestación y que se cubre por el solo hecho de pertenecer a la comunidad”. Teniendo como parámetro lo antes mencionado se puede afirmar lo siguiente:

- a. El impuesto surge de la necesidad de cubrir gastos del Estado y beneficia a la comunidad.

¹¹ “Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional; atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional.”

- b. La contribución surge por la necesidad de exigir un tributo a quien se beneficia de una actividad estatal determinada.
- c. La tasa, finalmente, se da en contra de quien utiliza un determinado servicio público del Estado.

La doctrina administrativa establece notables diferencias entre los conceptos fiscales implicativos de impuestos, tasas y contribuciones. El impuesto constituye un tributo indiscriminado y obligatorio que se exige a todos los individuos con la finalidad de atender y cubrir las múltiples necesidades de los servicios públicos y fines primarios del Estado moderno; esa carga pesa sobre todos los habitantes y no está en relación con compensaciones ni beneficios especiales.

El impuesto es general, lo satisfacen todos los contribuyentes indistintamente, sin importar que lo aprovechen o no. El impuesto dimana del Estado político. La tasa necesariamente implica el pago de una contraprestación directa referida a un servicio público determinado; es facultativa, la cubre únicamente aquel que pretende obtener el servicio. La tasa generalmente emana del Estado que actúa en su carácter industrial. Con la cantidad de dinero cubierta por la tasa, recibe el usuario o beneficiario particular determinada contraprestación de servicio público. La contribución presupone la exigencia de aportes en forma generalizada o determinados grupos para una finalidad pública de carácter específico; como los impuestos, son de índole coactiva, fijados por el Poder Público.

También se debe agregar, lo que se conoce como arancel. Se entiende por arancel: “El instrumento que pretende recoger todas las mercancías que se intercambian en el mundo clasificadas según un criterio determinado, y para cada una de ellas figurarán los derechos arancelarios que gravan su importación y/o exportación”. (González López, 2009)

Toda vez que se han analizado las tres grandes clasificaciones de los tributos, en general, es necesario, analizar, para el presente trabajo, lo que se denomina participación. Con relación a los aranceles, el artículo 305 de la Constitución de la

República del Ecuador, prevé: “La creación de aranceles y la fijación de sus niveles son competencia exclusiva de la Función Ejecutiva.”. (Asamblea Constituyente, 2008)

El Consejo de la Judicatura, dentro de las atribuciones y competencias contempladas en la Constitución y en la Ley, específicamente en el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 303, estatuye claramente: "establecer, modificar o suprimir, mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros. (...) que serán pagados por los usuarios del servicio” (Congreso Nacional, 2009).

Los notarios, en cuanto al régimen tributario, están provistos de ciertas características que, lo convierten en sujetos activos y pasivos, de la obligación tributaria; así como, recaudadores, tal como lo dispone el artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial (Congreso Nacional, 2009) que establece el mecanismo de remuneración de los Notarios¹².

En mérito a lo anterior, el Consejo de la Judicatura ha expedido el Reglamento del Sistema Integral de la Función Judicial, mediante Resolución No. 010-2015, en el cual fija el porcentaje de la participación del Estado en actos o diligencias Notariales.¹³

¹² “MECANISMO DE REMUNERACION.- Le corresponde exclusivamente a la notaría o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos. La notaría o notario sentará razón al margen de la escritura matriz o del documento protocolizado o de la diligencia practicada, del número de la factura emitida por el acto o contrato notarial realizado. El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaría o notario. 1. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial, el Estado participará en el diez por ciento (10%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; 2. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 10 de la carrera judicial y el duplo de ésta, el Estado participará en el veinte por ciento (20%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; 3. Del ingreso bruto comprendido entre el duplo de la categoría 10 de la carrera judicial y el cuádruplo de ésta, el Estado participará en el treinta por ciento (30%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; y, 4. Del ingreso bruto superior al monto anterior, el Estado participará en el cincuenta y uno por ciento (51%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5. Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio. Esta participación en el rendimiento no constituye un tributo; por lo tanto no constituye crédito fiscal a favor de la notaría o notario. La notaría o notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del Tesoro Nacional y presentar la respectiva liquidación al Consejo de la Judicatura. Si la notaría o notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará los intereses legales y una multa equivalente al tres por ciento (3%) por cada mes o fracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas por retención de fondos públicos. El retraso reiterado será causal de destitución.”.

¹³ “Valores.- Los valores que le corresponden al Estado, por la participación de los ingresos brutos percibidos por la notaría, (notaría o notario) por su naturaleza constituyen un derecho establecido legalmente, que debe ser satisfecho directamente al Estado con ocasión de dicho servicio; por lo que, la transferencia o depósito bancario que realiza la notaría (notaría o notario) a

La participación del Estado, podría ser considerada un tributo atendiendo las características de los mismos, pudiendo ser asimilado por analogía, a las tasas, sin embargo de lo cual, partiendo del hecho cierto de que, sólo se consideran tributos, los establecidos en la ley, se volvería inaplicable esta aseveración. Las tasas conforme se ha indicado se refieren a la contraprestación de un servicio público. ¿El servicio notarial es un servicio público o un servicio al público? Si es un servicio público debe responder a los principios estatuidos en la Constitución de la República del Ecuador, Art. 314, estos son: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficacia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad; tal y conforme la Corte Constitucional lo ratificó al momento de discernir si la comunicación es un servicio público prestado por entes privados (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014)

Es menester recordar que, los Notarios sitúan sus oficinas donde el Consejo de la Judicatura les indica. Por dar un ejemplo, no todas están ubicadas en edificios que tienen ascensor, por ende, no hay accesibilidad para los discapacitados, siendo aquello ¿Responsabilidad del Consejo o del Notario al no propender a dicho principio?; en otro espectro, los notarios no tienen obligación de prestar el servicio cuando se le solicita intervenir en un acto manifiestamente ilegal, recordando que actúan por rogación, y los servicios públicos no se los otorga por rogación. Entonces, se los puede asimilar a ¿Servicio público? Otorgar o dar fe pública es un acto que busca dar certeza, pero que depende de la voluntad de las personas para que ocurra. Los servicios públicos no dependen de la voluntad de los ciudadanos. El principio de continuidad establece la satisfacción de la necesidad de forma oportuna, ininterrumpida, pero acaso ¿Es una necesidad pública la fe pública? No, es una necesidad particular respecto a un acto o hecho, que luego es oponible al resto. ¿Todo servicio responde a la satisfacción de un derecho, ¿Cuál es el derecho que se satisface a través del servicio notarial? El derecho a la seguridad jurídica siempre y cuando exista la rogación.

favor del Estado, no constituye un hecho generador del impuesto al valor agregado. Los valores del servicio notarial que le corresponden al Estado, no deberán constar desglosados en la factura que emita la notario o notario, que de conformidad con lo .señalado en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su reglamento de aplicación, constituyen gasto deducible para la notaría o notario.”

Naturaleza de la obligación del notario con relación a la participación al Estado

El pago es la prestación de lo que se debe; en el caso de la participación del Estado, es la obligación de pagar – que nace de ley – este pago en el caso de estudio debe ser en dinero. El pago para extinguir la obligación se debe realizar en el plazo que manda la ley, sino se cumple con el plazo o condición se produce el incumplimiento civil de lo adeudado, generando intereses y sanciones económicas, como es la multa. Queda claro que el incumplimiento total o parcial se debe cobrar vía coactiva como toda deuda a la Función Judicial, lo que reafirma la calidad de deuda – constitucionalmente es prohibido la prisión por deudas – y siendo deuda, la vía penal es absolutamente inadecuada. Lo cual concuerda con lo dispuesto en el Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura. La participación del Estado no es tributo, sino gasto deducible conforme lo establece el mismo Código Orgánico de la Función Judicial; legalmente para que sea gasto deducible debe ser el dinero y gasto propio, lo cual es absolutamente lógico, debido a que el dinero al ser un bien que se consume con su uso, al recibirlo el Notario del usuario, deja de ser de él, y pasa a ser de aquel, lo cual es concordante con el Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Civil establece que las obligaciones deben tener un objeto y causa lícita¹⁴. Cuando se trata de obligaciones económicas para poder ser cobrada vía judicial o administrativa, debía ser declarada pura, líquida y de plazo vencido como señalaba el Código de Procedimiento Civil¹⁵; o como ahora indica el Código Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional, 2015) clara, pura, determinada y actualmente exigible¹⁶, originándose así un título ejecutivo o de crédito, para lo cual se sigue la vía ejecutiva o

¹⁴ Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

¹⁵ Art. 415 de Código de Procedimiento Civil.- Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, **DEBEN SER CLARAS, DETERMINADAS, LÍQUIDAS, PURAS Y DE PLAZO VENCIDO CUANDO LO HAYA**. Cuando alguno de sus elementos esté sujeto a lo expresado en un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de éstos. Se considerarán también de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se hubiere anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos, que hubieren sido pactadas.

Quando se haya cumplido la condición o ésta fuere resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y, si fuere en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida.” (Mayúsculas sostenidas, negrilla y subrayado fuera de texto)

¹⁶ Art. 348 primer inciso del Código Orgánico General de Procesos: “Procedencia: Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible”.

coactiva para que se pague o dimita bienes equivalentes al monto de la deuda, y si no lo dimitieren o pagaren, se proceda al embargo de bienes, posterior avalúo, remate y cobro de lo insoluto.

Con relación a la participación del Estado, cuando el Notario no paga, paga incompleto o paga extemporáneamente, se sanciona con multas e intereses tal como lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial, y es el propio Consejo de la Judicatura, el que estableció la jurisdicción coactiva mediante la dictación de las resoluciones 38-2014; 308-2015; 238-2015; 26-2016, respectivamente.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, existió y continúa existiendo el procedimiento coactivo, como mecanismo adecuado para el cobro de lo insoluto. Si se hace una retrospectiva, se encuentra que, en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, hoy derogado se establecía la finalidad del procedimiento coactivo.¹⁷ Actualmente, en el Código Orgánico General de Procesos se hallan estatuidas las excepciones a la coactiva, en el Art. 315, sin que se establezca ninguna otra información al respecto. Debiendo entonces, para una mejor comprensión del tema, recurrir al Código Orgánico Administrativo, cuerpo legal donde se desarrollan las reglas para la jurisdicción coactiva desde el Art. 261 al 329.

A nivel infra legal, se expidió el Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura, mediante la Resolución No. 038-2014, el 6 de marzo del 2014, entrando en vigencia el 7 de abril del mismo año¹⁸. (Consejo de la Judicatura, 2014); Resolución mediante la cual, se fija y determina el ámbito de su competencia, del cual se su texto o tenor, se puede apreciar claramente que se incluye a los Notarios, por ser un órgano auxiliar de la Función Judicial, como aquellos que

¹⁷ “Art. 941 Código de Procedimiento Civil.- El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley.”

¹⁸ “Art. 2.- Ámbito de aplicación.- El Consejo de la Judicatura ejercerá la jurisdicción coactiva **PARA LA RECAUDACIÓN DE LOS VALORES ADEUDADOS A LA FUNCIÓN JUDICIAL**. Las disposiciones de este reglamento son de aplicación obligatoria para las y los servidores de la Función Judicial, así como también para las personas naturales y/o jurídicas que mantengan obligaciones con esta Función del Estado.” (Mayúsculas sostenidas, negrillas y subrayado fuera de texto)

pueden ser sometidos a este tipo de procedimiento de cobro, cuando incumplen sus obligaciones económicas para con el Estado.

Es de acotar, de igual manera, lo que el mismo Código Tributario (2005) menciona sobre la emisión de los títulos de Crédito: “Art. 149 Código Tributario.- Emisión.- Los títulos de crédito u órdenes de cobro se emitirán por la autoridad competente de la respectiva administración, cuando la obligación tributaria fuere determinada y líquida, sea a base de catastros, registros o hechos preestablecidos legalmente; sea de acuerdo a declaraciones del deudor tributario o a avisos de funcionarios públicos autorizados por la ley para el efecto; sea en base de actos o resoluciones administrativas firmes o ejecutoriadas; o de sentencias del Tribunal Distrital de lo Fiscal o de la Corte Suprema de Justicia, cuando modifiquen la base de liquidación o dispongan que se practique nueva liquidación.

Por multas o sanciones se emitirán los títulos de crédito, cuando las resoluciones o sentencias que las impongan se encuentren ejecutoriadas. Mientras se hallare pendiente de resolución un reclamo o recurso administrativo, no podrá emitirse título de crédito. Sobre este mismo punto, artículo 73 del Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial también hace mención al procedimiento coactivo, por la recaudación de las tasas notariales que se encuentren en mora; y, las multas e intereses correspondientes; el mismo que será ejercido a través de los Directores Provinciales. (Consejo de la Judicatura, 2018); Lo cual guarda concordancia con la función determinada en el numeral 4 del artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial. (Congreso Nacional, 2009)¹⁹

El procedimiento coactivo según el mencionado Reglamento adolece de un error conceptual, debido a que se habla de tasa, cuando lo apropiado es que se refiera a la participación, por lo que el valor de la tasa no es del Estado sino únicamente el

¹⁹ “Art. 280.- FUNCIONES.- A la Directora o al Director General le corresponde: 4. Ejercer, a través de los Directores Provinciales, **EL PROCEDIMIENTO COACTIVO PARA RECAUDAR LO QUE SE DEBA**, por cualquier concepto a la Función Judicial, con arreglo al trámite establecido en la ley.” (Mayúsculas sostenidas, negrilla y subrayado fuera de texto)

porcentaje el cual se lo saca luego del cálculo previsto en el Art. 304 del Código Orgánico de la Función Judicial. Es que además, los intereses y multas que se generan son a partir de la participación, no de la tasa, siendo que la tasa la paga el usuario en el momento de la realización del acto, y la participación es calculable luego de superar el monto establecido en la ley, y exigible dentro de los diez primeros días del mes.

De todo lo transcrito se puede sostener que, dado el marco jurídico constitucional expuesto, no es factible ni posible, realizar un examen especial de la Contraloría General del Estado, debido a que si se trata de una “DEUDA”, esta tiene sus mecanismos propios para el cobro, siendo la vía penal administrativa, o penal común, inidóneas al efecto por expresa prohibición legal y constitucional como se verá más adelante. A continuación se abordará el delito denominado peculado:

Como primera idea se realiza la siguiente interrogante: ¿puede existir PECULADO CON DINERO PROPIO?, la respuesta es JAMAS. Ahora bien, si la premisa de que con dinero propio no se puede cometer peculado es cierta, no habría cabida alguna para ninguna otra hipótesis para cometerlo con aquellos antecedentes. Sin embargo, qué sucede cuando los notarios impugnan los valores que por concepto de participación al Estado, se han liquidado, y que según los cálculos superan lo que en verdad se ha cancelado. Algunos entienden que esa diferencia vendría a ser la evidencia o indicio del cometimiento del delito de peculado, por lo que, “se pagó menos de lo que se debía”. Al respecto, pueden existir varias variantes:

- 1.- Podría ser que emitida la factura se la anuló.
- 2.- Que emitida la factura no se culminó el trámite notarial.
- 3.- Que existió un error en el cálculo.
- 4.- Que se haya trasapelado la factura, cuando se trata de archivos muy antiguos.

Sin perjuicio de lo anterior, ninguna de esas hipótesis es un elemento objetivo, ni normativo del tipo penal peculado. Es decir, pagar menos, no significa que se ha cometido peculado, porque conforme se sostiene existen mecanismos legales muy

puntuales para el cobro de deudas, esto es, primigeniamente, la vía o procedimiento coactivo. Quien debe, no comete peculado, incumple una obligación de pago. En otro escenario, podría darse el caso, que el Notario, se equivoque y pague más participación del estado, consecuentemente, la pregunta sería ¿si se paga de más, el ente que cobra la participación cometería delito también? Por supuesto que no.

Tan cierto es lo anterior, que el Consejo de la Judicatura antes de la emisión del título de crédito, otorga un plazo perentorio para el pago²⁰, entendiéndose que si transcurrido el plazo no se cancelan los valores, recién ahí y sólo así, la obligación es clara, determinada, pura, líquida y de plazo vencido. Acaso lo manifestado en líneas precedentes sucede cuando se comete Peculado, es decir, acaso cuando se comete peculado, se le pide al Funcionario o Servidor Público que pague en un plazo perentorio y si no lo hace se le emite título de crédito. Lo anterior es imposible si quiera de imaginar, más aún cuando hay multas e intereses lo que implicaría que el Estado se enriquece de un delito, generando enriquecimiento ilícito.

La responsabilidad del notario en la ley notarial

El artículo 13 de la Ley Notarial²¹ (Presidencia del Ecuador, 1966), establece que el notario titular responderá por los actos del encargado o suplente teniendo obligación

²⁰ “Art. 12.- La orden de cobro.- La orden de cobro constituye la disposición o el pedido impartido por el servidor competente, constante en la respectiva resolución, providencia, auto, sentencia y liquidación realizada por la Dirección Nacional Financiera y Unidades Financieras de la Direcciones Provinciales del Consejo de la Judicatura, **A EFECTOS DE QUE SE EMITA EL TÍTULO DE CRÉDITO Y SE PROCEDA A SU COBRO.**

Los servidores que soliciten la recaudación de obligaciones, especificarán los nombres y apellidos completos o la razón social o denominación del deudor; número de cédula de ciudadanía, registro único de contribuyentes, registro único de proveedores, según el caso; el monto de la obligación; la fecha desde la cual se hizo exigible la misma; breve descripción del origen de la obligación; y el domicilio completo del deudor de ser posible.

Se acompañará copias certificadas de la resolución, providencia, auto, sentencia o acto administrativo que contenga la determinación de la obligación. En los casos de sentencias condenatorias se remitirá además la liquidación respectiva.

Las secretarías o secretarios de los juzgados de coactiva realizarán todas las gestiones a través de las cuales se informe a los deudores y/o garantes, sobre el procedimiento de pago de las obligaciones dentro del plazo de 10 días a partir de la recepción de la orden de cobro.

Las secretarías o secretarios de los juzgados de coactiva, informarán mensualmente a la directora o director general del Consejo de la Judicatura sobre las órdenes de cobro formuladas.” (Mayúsculas sostenidas, negrilla y subrayado fuera de texto)

²¹ “Art. 13.- Cada notario titular podrá tener un suplente, que reunirá las mismas condiciones del titular y tener título de abogado o doctor en jurisprudencia, a cuyo efecto propondrá su nombre a la Corte. El nombrado prestará la promesa ante el Presidente del Tribunal sin necesidad de inscribir su nombramiento ni de rendir fianza, no recibirá título ni formará inventario; **PERO EL TITULAR SE RESPONSABILIZARÁ SOLIDARIAMENTE CON EL SUPLENTE POR LA ACTUACIÓN DE ÉSTE EN EL EJERCICIO DEL CARGO.**

solidaria, respecto de lo cual, ¿Se debe notificar al Notario titular y Suplente en caso de que se haga un examen especial? Por supuesto que sí. Por demás está aclarar que, se trata de responsabilidad administrativa, civil, no penal. En esta misma línea de ideas, si el Notario Suplente en un ejemplo, actúa los 15 días finales del mes y, es quien sube las declaraciones y realiza el pago de las participaciones, si están mal hechas y/o pagadas en menor cantidad a lo que deben, responderían civil y administrativamente ambos Notarios, titular y suplente. Pero que tal, si se cree, al contrario de lo que se sostiene aquí, que se ha cometido un delito de peculado, entonces por qué el titular va a ser responsable de cancelar los valores, que “dolosamente” dejó de pagar el Suplente. El tema es sencillo, nadie debe responder penalmente por un acto cometido por un tercero, ni tampoco si la omisión no le es imputable objetivamente. La situación del Notario Suplente es tan especial que, no tenía la obligación: Ni de inscribir su nombramiento, Ni de rendir fianza, Ni de recibir título, Ni de formar inventario, ¿Es el Notario Suplente funcionario público? No.

De la impugnación de los valores

Entre los principales inconvenientes que se presentan por parte de la gestión de los notarios están las siguientes interrogantes: ¿Qué sucede si la Contraloría General del Estado en su liquidación señala un valor y el Consejo de la Judicatura señala otro en auditoría interna?, ¿Qué liquidación está obligado el Notario a pagar?, y ¿Se puede impugnar las liquidaciones?

Volviendo al tema de la liquidación de intereses y multas, los delitos en el primer caso nunca generan intereses; y con relación a la multa, únicamente se aplica la que establece el Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, según corresponda, sin que se pueda jurídicamente hablando, imponer multa del Código Orgánico Integral Penal y del Código Orgánico de la Función Judicial. En el caso penal común, sólo se impone la multa luego del debido proceso, y siempre y cuando se haya declarado responsable

No podrá ser nombrado suplente de un Notario, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni quienes tengan este parentesco con los Ministros Jueces o jueces de la respectiva Corte Superior del Distrito”. (Mayúsculas sostenidas, negrilla y subrayado fuera de texto)

en el grado de autor o cómplice de alguno de los delitos tipificados y reprimidos en dicho cuerpo de Ley, en otras palabras, cuando media sentencia condenatoria ejecutoriada. Es decir, no se refiere para nada a la multa que consta estipulada en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Sobre la intervención de la contraloría en una investigación previa

Estando en vigencia el Código de Procedimiento Penal, aunque tenía el nombre de Indagación Previa, y pese a que en la actualidad se llame Investigación Previa en el Código Orgánico Integral Penal, se trató y se trata de una fase pre procesal, en la cual, en este trabajo se sostiene, la Contraloría no debe ni puede intervenir, debido a que, la base legal que siempre se invoca, es el Art. 1 de la Resolución 52 de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 221 de miércoles 28 de noviembre de 2007, que establece que la Contraloría será parte procesal²², es decir, tiene que haber proceso, que no es el presente caso. Y el proceso penal se inicia, bien sea mediante audiencia de formulación de cargo, audiencia de vinculación, audiencia de calificación de flagrancia²³. Antes de eso no hay proceso. La única opción bajo la cual podría intervenir es si se la considera víctima y para ello debería justificar algunas de las opciones taxativamente establecidas en el Art. 441 del Código Orgánico Integral Penal.

Sobre el cálculo del Ingreso Bruto

¿Cómo se debe calcular, teniendo presente que se trata de una DEUDA? Se debe aplicar el Art. 304 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (Congreso

²² Art. 1.- **SE TENDRÁ COMO PARTE PROCESAL** a la Contraloría General del Estado en las causas penales relacionadas con el manejo de los recursos sometidos a su control, en las que dicha Entidad manifieste por escrito su decisión de intervenir en esa calidad, a efectos de cumplir con el deber impuesto por el inciso primero del artículo 212 de la Constitución Política de la República, que obliga al indicado Organismo de Control a hacer el seguimiento permanente y oportuno, para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles, y hacer efectiva la potestad enunciada en el numeral 13 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular, por intermedio de quien legalmente la represente, y de lo señalado en el Art. 351 del Código de Procedimiento Penal respecto del recurso de casación". (Mayúscula sostenida, negrilla y subrayado fuera de texto)

²³ Art. 589.- Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla **EN LAS SIGUIENTES ETAPAS: 1. INSTRUCCIÓN, 2. EVALUACIÓN Y PREPARATORIA DE JUICIO, 3. JUICIO**" (Mayúscula sostenida, negrilla y subrayado fuera de texto)

Nacional, 2009), que obliga a reducir del monto total, un salario de un servidor judicial escala 5, esto es, restándole USD 1,212.

La pregunta es: ¿La Contraloría o el Consejo? ¿Quién debe realizar lo anterior? De lo que se sostiene hasta aquí, quien tiene facultad para liquidar la deuda es el Consejo, por ser el acreedor. Sin embargo, el punto principal que se debe destacar es que sea el auditor de la Contraloría o del Consejo, el perfil que debe tener, debe incluir el conocer a ciencia cierta la normativa legal y administrativa aplicable a cada caso en concreto, a efecto de que la auditoria no sólo sea eficiente sino eficaz, y por sobre todo veraz, sin errores de ninguna índole. Una inaplicación de normativa, o un mal entendimiento de las mismas, provocan que los cálculos y los resultados varíen ostensiblemente; y es que, si para los abogados la labor de interpretación está sujeta a varias condicionantes y problemas, no digamos para quienes ostentado los grados académicos de ingenieros, economistas, contadores o cualquier rama afín, por su especialidad, desconocen tanto las clases de interpretación de las leyes, como la que se debe elegir de acuerdo al escenario jurídico que se le presente para su aplicación.

De la obligación de llevar contabilidad

El Art. 19 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno establece la obligación de llevar contabilidad las personas jurídicas y las personas naturales y sucesiones indivisas, en concordancia con los Arts. 37 y 99 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Sin embargo de lo anterior, es recién a partir del 7 de enero de 2016, fecha en que comunicó el Servicio de Rentas Internas, que desde el 01 de enero de 2016, las Notarías debía llevar contabilidad, antes de esa fecha no era obligación jurídica hacerlo y ningún Notario debía o se le podía exigir que lleve contabilidad, por tanto al no ser una obligación legal no era exigible por nadie. Mediante esta circular, entre otras cosas, establece que los valores por servicios notariales son considerados ingresos brutos del notario y por ende, se debe cancelar el Impuesto al Valor Agregado y retenciones en la fuente, por lo que, por cada servicio notarial, se debe realizar la correspondiente factura como soporte de dicha transacción.

De igual forma, se indica claramente, que los valores que le correspondan al Estado, están exonerados al pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Luego el 13 de junio de 2016, es decir casi cinco meses después, el mismo Servicio de Rentas Internas, indica que esos Notarios que llevaban contabilidad, ya no la deben llevar, por ende como al principio no es una obligación exigible por nadie.

Sin perjuicio de lo que se sostiene en líneas precedentes, en la actualidad se aplica la obligación de llevar contabilidad, de acuerdo a los montos generales de facturación, por eso se tiene notarios no obligados, y otros obligados, ergo no hay obligación per se al Notariado, pero si este factura sobre el monto establecido en la norma para todos, le corresponde llevar contabilidad.

Certificado de pago

¿Qué sucede cuando se establece un monto a pagar por diferencia en el cálculo, ante una Auditoría sea del Consejo de la Judicatura, sea de la Contraloría y se la paga? El Código Civil y la doctrina siempre han establecido que una de las formas más básicas de extinguir la obligación es mediante la solución o pago efectivo. Pero ¿el realizar un pago adicional puede considerarse un delito de peculado? No, por lo menos no, a prima facie. Si pese a estar impugnadas las liquidaciones se las cancela, para que no sigan generando intereses y multas, y aun así, el valor de los intereses y multas no se ha pagado en su totalidad, ¿Aquello cometer delito de peculado? No.

¿Si se cancela la totalidad de la deuda, incluido intereses y multas, hay responsabilidad civil, administrativa o penal? La multa y los intereses de por sí, ¿ya no son un castigo? Evidentemente si se cancela la deuda se extingue la obligación. Tener responsabilidad penal por pagar incompleto una deuda, o pagar extemporáneamente aquella, resulta de difícil comprensión, por cuanto, en el catálogo de delitos, no existe uno que prevea tal hipótesis de conducta. Castigo civil frente al no pago oportuno de una deuda, es sin duda, la imposición de multas e intereses.

De la naturaleza del dinero que percibe el notario

Los Notarios no reciben ningún tipo de pago proveniente del Estado por honorarios profesionales, ni se encuentran asignados a ningún rol de pago, bajo ninguna cuenta o

asignación del Ministerio de Finanzas, no existen partidas; menos aún están o constan en el Presupuesto General del Estado, sin olvidar mencionar que el Estado no gasta ni un solo centavo en la prestación del servicio notarial, por lo que, el Notario no puede ser considerado como un servidor público propiamente dicho, debido a que no, reúne uno de los requisitos básicos para ser considerado como tal, esto es, la remuneración.

El dinero que gana el Notario por el servicio que presta proviene de particulares, y sirve para el pago de todo lo que conlleva la prestación del mismo, desde alquiler de oficina, pago de personal, pago de insumos, de materiales tecnológicos; pago de impuestos como el IVA, Impuesto a la Renta; servicios básicos como luz, agua, teléfonos, internet. Los trabajadores de las Notarías no están sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, sino al Código de Trabajo Art 305; en concordancia con el Art. 304 del Código Orgánico de la Función Judicial.

De ahí que el Notario por su propia responsabilidad, cuenta y riesgo, de su dinero, contrata cuanto personal crea pertinente y el Estado no responde por ellos, bajo ningún aspecto o criterio; los trabajadores de las Notarías no tienen asignación presupuestaria del Estado, no constan en ningún rol de ninguna institución del Estado, no tienen calidad de Servidores Públicos, no están sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, no tienen nombramientos ni provisionales, ni definitivos, entre otros.

Los Servidores Públicos que reciben remuneración estatal no pagan IVA por su sueldo, por obvias razones, ni tampoco facturan nada (entiéndase nombramientos y remuneraciones por sueldo), a diferencia de los Notarios que si facturan sus ingresos, pagan Impuesto al Valor Agregado y retienen en la fuente. El Art. 593 del Código Civil, establece que las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles. Es decir, que cuando el particular paga dinero por el servicio notarial, el dinero pasa a ser del Notario, tan cierto es lo anterior, que de ese dinero suyo, el Estado tiene derecho a participar de él, y el mismo Estado lo considera como un gasto deducible para el Notario.

Si es gasto deducible, significa que el dinero es propio, se dispone de él, y se considera un pago al Estado con dinero propio. No es dinero del Estado que vuelve al

Estado, pensarlo y concebirlo así es un contrasentido y un atentado a la lógica jurídica. Si fuera dinero del Estado sería un gasto no deducible. No se necesita mayor análisis al respecto. Por el hecho de ser Notario o en razón de ese cargo o función, no se consigna, deposita, da en custodia, o se pide se administre, ningún dinero o bien estatal, puesto que, desde los papeles hasta las computadoras que cada Notario tiene, pertenece solamente a su dueño, con las facultades propias del dueño o propietario de la cosa que son: use, goce y disposición; por tanto, no se considera ni se puede considerar jamás, ni dinero ni bienes del Estado, siendo que por consecuencia lógica: el Notario no maneja bienes públicos, peor aún dinero público. Ni se le entrega dinero alguno a favor del Estado.

Tan cierto es lo anterior, que el mismo Reglamento del Sistema Integral y Tasas Notariales, establece que lo que recibe el Notario son ingresos, y de esos ingresos se calcula una participación al Estado, la misma que inclusive por expreso mandato legal y reglamentario no puede constar desglosado en la factura que se emite, por el servicio recibido, y se reafirma el hecho de que dicha participación es un gasto deducible.

Imposibilidad del peculado

El Peculado estaba tipificado y reprimido tanto en el Código Penal, ahora derogado, como en el actual Código Orgánico Integral Penal. Empero, para cualquier análisis que se haga, lo importante es verificar el periodo del examen, la fecha de la orden de trabajo, y la fecha de la audiencia con la que se da inicio al proceso penal, para saber qué marco jurídico es el aplicable al caso en especie. Por ser de suma trascendencia para el análisis de este trabajo, es necesario, reproducir las definiciones que tanto el Código Penal como el Código Orgánico Integral Penal, le dan al delito de peculado.

El artículo 257 del Código Penal (2015) preceptuaba: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en

desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Dirección Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Dirección Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos”. Por su parte, el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (1983) determina: “Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas

en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. 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. Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.

En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. 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, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior. Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera. (Asamblea Nacional, 2014).

Para que una conducta pueda ser penalmente relevante debe primero cumplir una adecuación típica, y luego hacerse un examen de atribubilidad. Al respecto, para que exista peculado deben confluír todos los elementos del tipo, porque si uno no se encuadra, existe una adecuación atípica, sin dejar de mencionar que cuando se trata, como en este caso, de una confusión ex profesa o inocente, de catalogación de un hecho civil con uno penal, jamás va a existir adecuación típica.

“Peculado es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ellos por motivos de su cargo o servicio. Son elementos constitutivos que distinguen este delito: El sujeto activo, puesto que el delito es propio; la conducta críminosa; el objeto material sobre el cual recae la conducta; el resultado que consuma el delito; el dolo específico, en la hipótesis de la distracción.” (Quinceno Alvarez, 1997).

El Diccionario de Derecho Penal y Criminología (2018) define a este delito como: “Peculado. La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público el que le fueran confiados, constituye el delito de peculado, incluido entre los ejemplos de la malversación de caudales públicos. Se relaciona con el hurto, porque hay sustracción de una cosa, con la defraudación, porque existe retención o apropiación indebida de fondos, con el abuso de confianza y con el abuso de confianza y con el abuso de autoridad, porque, para cometerlo, se violan las disposiciones legales. Es un delito aún más grave que el hurto, porque su autor, funcionario público, abuso de su

cargo o función. Sujeto activo es el funcionario a quien le haya sido confiada por razón de su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos. Por equiparación a quienes por determinados títulos esos bienes les hubieren sido confiados.

El objeto sobre el cual recae el delito debe de ser el caudal o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón del cargo. No basta la simple tenencia de esas cosas, debido a que se requiere la facultad de disponer de ellas. Administrar significa gobernar, cuidar, regir, percibir, vale tanto como recibir una cosa y encargándose de ella; custodiar es guardar con cuidado y vigilancia. Todo ello implica cierta facultad otorgada al funcionario, a causa de su función, para disponer de los bienes.

La acción de sustraer, es decir, extraer, apartar o separar, poner fuera del alcance de la custodia, bajo la cual colocan las leyes, los bienes confiados. El momento consumativo es distinto según la razón de la tenencia ejercida por el sujeto: en ciertos casos la sola circunstancia de incorporar los bienes al patrimonio propio del funcionario, hará consumir el delito por “apropiación indebida”. En otros, cuando el funcionario tiene solamente la obligación de entregar “otro tanto igual” que lo percibido, el delito se consumará, cuando no rinda cuentas o no lo haga a su debido tiempo “retención indebida”. Cuando se opera el “desfalco de caja”, la consumación se produce con la sola incorporación de los bienes al patrimonio del funcionario.

El peculado de uso es un delito en el que incurre el funcionario que emplea en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública. El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible para los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario. Es susceptible de tentativa. La facilitación culposa de sustracciones tiene como presupuesto el acto doloso de un tercero y se refiere al funcionario público que, por imprudencia, negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.

El tercero (extraneus) no comete peculado, sino hurto, robo o defraudación, según sea el caso, y su acción debe haber sido facilitada por la negligencia, entre otros., del funcionario, que aprovecha sin connivencia. Sujeto activo es, cuando el funcionario público responsable de los caudales que su actuar imprudente, facilitó la sustracción dolosa del otro. Para el autor Goldstein (1978) la acción consiste en dar ocasión a que se verifique la sustracción, por imprudencia, negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, formas éstas de la culpa admitidas por la Ley, que constituyen, a su vez, el elemento subjetivo. Se consuma esta forma delictuosa en el momento en el que extraneus comete su hecho toda vez que la punibilidad depende de la acción de éste. (v. Malversación de caudales públicos.)”.

En este delito a saber deben existir tres elementos: 1. La condición del autor o sujeto activo, 2. La naturaleza de los bienes y 3. La relación fundamental entre uno y otros. José García Falconí (1991), en su libro El Juicio por el Delito de Peculado expresa:

“El peculado es un delito propio, porque es de sujetos activos cualificados con cualidad exigida de naturaleza jurídica, como es la investidura y la función del empleado público encargado por razón de su cargo del manejo de caudales, así es el delito específico del público. Es un delito material, por tal su consumación debe dejar huellas que deben ser reconocidas por el Juez, los peritos antes o después de la iniciación del proceso penal según el caso... Es un delito instantáneo de resultado material consiste en la causación de una lesión patrimonial que no es preciso que sea definitiva.”. Pag.32

A diferencia de otros tipos penales, el peculado en su estructura típica posee un sujeto activo de naturaleza calificado, es decir, no cualquier persona puede cometer delito de peculado, tiene que ser un Servidor Público, en ese sentido de acuerdo a lo que establece el Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador²⁴, el Notario

²⁴ **Art. 229.-** Serán servidoras o servidores públicos 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

si es un Servidor Público, pero, no solamente se necesita ser servidor público para poder ser sujeto activo de este delito, sino que, en razón de ese cargo se le deben haber asignado dinero (privado) o bienes públicos, por lo que, el Notario jamás podría ser sujeto activo de este delito, en tanto y en cuanto no recibe dinero, ni bien público o privado alguno, por parte del Estado, menos aún se le confía aquellos para que los cuide, custodie, administre, disponga, entre otras, entonces mal podría adecuarse la conducta de un Notario en cuanto al sujeto activo. Por tanto, no hay adecuación típica respecto al sujeto activo del tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, el elemento normativo del tipo es sin dudas uno de los pilares más fundamentales de este tipo delictual, se trata por un lado de recursos públicos, lo que se encuentra definido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y que conforme se ha explicado, el Notario no recibe por parte del Estado ningún dinero o bien público, ni siquiera sueldo percibe del Estado. No consta ninguna asignación presupuestaria, ni hay roles de pago que justifiquen lo contrario. Por tanto, no hay adecuación típica respecto al elemento normativo del tipo.

El Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2017) indica: “Recursos Públicos.- Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.

El elemento volitivo del tipo es el dolo, esto es, la intención positiva de irrogar daño a una persona o a una cosa, teniendo plena capacidad de querer y entender, tanto respecto a la conducta que realiza así como de los ulteriores resultados, así como el alcance de cada uno de los elementos que conforman el tipo penal. Este tipo penal no admite figura culposa. El dolo según Luis Jiménez de Azúa (2017) señala que:

“Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”. Pág. 48.

En ese sentido para contraer y cancelar una deuda, no se lo hace, ni se necesita obrar, ni con dolo ni con culpa, por tanto la conducta del Notario, no puede subsumirse en el elemento subjetivo del tipo, ni tampoco se puede entender, suponer o presumir, que ha sido dolosa, debido a que en las obligaciones civiles prima el principio de la buena fe. Por tanto no hay adecuación típica respecto al elemento volitivo del tipo. Todo tipo penal tiene una acción u omisión que es penalmente relevante, recordando que la doctrina a los delitos de omisión les llama también de acción porque finalmente el que omite hacer algo, es porque estaba haciendo algo diferente a lo jurídicamente esperado u obligado, en ese sentido este elemento del tipo, se llama verbo rector.

En el delito de peculado los verbos rectores son: abusar, apropiar, distraer o disponer arbitrariamente; los que están íntimamente ligados a que, lo que se abusa, apropia, distrae o dispone arbitrariamente, son precisamente, bienes o dineros ajenos, específica y únicamente del Estado, entregados en razón del cargo; en el caso analizado, se trata de dinero propio con lo que los Notarios, pagan alquiler, insumos, sueldos, servicios básicos, impuestos, entre otros, entonces, es imposible que se pueda abusar, apropiar, distraer o disponer arbitrariamente de dinero propio. ¿Quién sería entonces el

competente para determinar que el dueño de la cosa, ha abusado de lo suyo? Nadie más que el mismo propietario. Por tanto, no hay adecuación típica respecto a ninguno de los verbos rectores del tipo.

En cuanto a la finalidad del delito (resultado), está previsto en la norma, que cualquiera que fuere el verbo rector invocado, en sus cuatro variantes antes expuestas: abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente, debe existir el beneficio propio o de un tercero. En ese sentido, es imposible a la lógica y al entendimiento humano apropiarse de lo propio, abusar de lo propio, distraer lo propio, el fin que se le da a lo que es de uno, entra en la esfera de la privacidad, en la cual el Estado no debe ni puede penetrar; pues, es parte del núcleo esencial del derecho patrimonial. Con el dinero propio se puede hacer lo que quiera, desde invertir hasta regalar a la beneficencia; claro está que si se usa lo propio, para cometer un delito merecería un análisis diferente, como cuando se financia un grupo terrorista. En tal sentido, el fin de la norma respecto al provecho resulta un contrasentido cuando se trata de dinero propio. Por tanto, no hay adecuación típica respecto la finalidad exigida en el tipo.

En síntesis, no habiendo el sujeto activo calificado, no habiendo el elemento normativo, no habiendo el elemento subjetivo o volitivo, no habiendo el verbo rector, ni la finalidad de provecho propio o ajeno, la conclusión es única, no hay adecuación típica de conducta, por tanto, no hay delito. El profesor Luis Cueva Carrión. (2006), sostiene: “Lo esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente”.

Si se toma como referencia doctrinal la cita de Goldstein, se establece que el peculado se relaciona con tres delitos, el hurto, la defraudación y el abuso de confianza. Al respecto, se hurta lo que es ajeno, se defrauda cuando se retiene y apropia de lo ajeno, y se abusa de la confianza cuando se le da a lo ajeno, un uso o destino diferente

por el cual fue entregado. En el caso en especie, existe la imposibilidad del cometimiento del delito de peculado, porque no se puede hurtar lo propio, no se puede sacar de la esfera patrimonial del propietario del dinero e ingresar al mismo patrimonio, porque aquello no es hurto bajo ningún concepto, eso se llama en la doctrina delito imposible.

En cuanto a la defraudación que es retener o apropiarse de lo ajeno, “de lo hurtado”; se establece que si el dinero es propio, no existe retención ilegal alguna peor apropiamiento, pues, si es de mi propiedad, puedo utilizarlo bajo los tres derechos del dueño de la cosa, siendo imposible cometer defraudación con dinero propio. Finalmente, sobre el abuso de confianza, se aclara que, se le paga al Notario por un servicio, son sus honorarios, nadie, entiéndase ningún particular entrega dinero alguno al Notario bajo condición de hacer o no hacer determinada cosa, pues, una vez que el dinero sale del bolsillo del usuario y entra al patrimonio del Notario, es dinero propio, y con él, puede el Notario hacer lo que mejor le parezca, en ese sentido, no hay abuso alguno de confianza, porque no se le entrega nada con condición o por confianza, se paga por un servicio prestado o recibido, y en tal sentido, se torna imposible que cometa abuso de confianza. Como se deja señalado y explicado, tanto a nivel legal como doctrinario, es imposible que un Notario cometa delito de peculado, bajo la figura del no pago, pago incompleto o pago extemporáneo de las participaciones al Estado.

Impedimento constitucional

El derecho penal busca sancionar al que comete un delito y como característica fundamental luego de un debido proceso y agotado todo el trámite del juicio, en audiencia oral, pública y contradictoria se lo puede condenar aun en ausencia y de ser ese el caso, se lo debe privar de libertad como pena principal sin perjuicio de la multa, comiso, entre otros; sin olvidar mencionar que como medida cautelar se puede imponer la prisión preventiva, sin embargo: La Constitución de la República estatuye que no hay prisión por deudas Art. 66 No. 29 literal c), excepto en el caso de alimentos que no es el caso.

Competencia de la fiscalía

“El derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivos y subjetivos.- En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho Penal Subjetivo también llamado derecho a castigar el *ius puniendi*.- Es el derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho Penal Objetivo. El Derecho Penal subjetivo se refiere, pues, al derecho penal objetivo. Por esta parte, si no se añade ninguna presión, la expresión Derecho Penal se usa generalmente en el sentido de Derecho PENAL entendido objetivo. Conviene, pues, empezar por estudiar este último concepto se intenta en primer lugar precisar su definición, de modo que a continuación, se puede analizar sus aspectos formales y materiales más importantes, La alusión al Derecho Penal en sentido subjetivo, cuando se trate de fijar los límites que ha de encontrar el derecho del estado a intervenir mediante normas penales” (Mir Puig, 2015)

En el sistema acusatorio oral que es el que rige, la facultad persecutoria reposa en una sola entidad llamada Fiscalía General del Estado²⁵, encargada de la investigación de los delitos cuyo ejercicio es de acción pública. En ese sentido, siendo el delito una acción típica, antijurídica y culpable; en el caso en especie, una deuda, no es una acción, no es ni típica, ni antijurídica peor culpable. En ese orden de cosas, el principio de oportunidad²⁶ comprende la limitación a la ley penal de intervenir en un proceso y reservarlo única y exclusivamente para los casos de violaciones graves que afecten severamente las normas de convivencia social, las mismas que no pueden ser sancionadas o reprimidas por otros medios más tolerables, En otras palabras, es

²⁵ “Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; **DURANTE EL PROCESO EJERCERÁ LA ACCIÓN PÚBLICA CON SUJECCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”. (Mayúsculas sostenidas, negrilla y subrayado fuera de texto)

²⁶ Art. 3 del Código Orgánico Integral Penal.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.

delegarle a la esfera penal las conductas más lesivas para la sociedad, que no puedan resolverse por las otras ramas del Derecho.

La doctrina sobre este principio de mínima intervención, también conocido como de ultima ratio, postula la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándola sólo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social que no pueden ser eficazmente controlados por otros mecanismos menos traumáticos. Entonces, la vía menos traumática para cobrar una deuda, como se sostiene a lo largo de este trabajo, es la vía coactiva.

La Fiscalía General del Estado no tiene competencia para conocer e investigar sobre deudas legalmente contraídas, ni para liquidar, reliquidar, calcular, ni recalcular capital, intereses y multas, peor aún, si ya se pagaron esos rubros en su totalidad, siendo así, se ha extinguido dicha obligación, por expreso mandato legal y constitucional. Cualquier actuación de la Fiscalía en ese sentido, no sólo que carece de legitimidad, sino de legalidad y constitucionalidad.

El título IV del Código Orgánico Integral Penal, del libro I la infracción penal, está comprendido desde el Art. 79 hasta el Art. 397, es decir, dicho título lo componen nada menos que 318 artículos. Esos artículos señalan cuáles son las conductas penalmente relevantes que tienen categoría, sea de delito o de contravención, revisado uno por uno cada artículo, se puede afirmar sin temor a equivocación alguna que, el impugnar una liquidación y pagar una deuda a tiempo o extemporáneamente, no se encuentra dentro del catálogo de infracciones antes señalado, por tanto, al no ser delito y peor contravención, no se puede ni se debe iniciar ni Investigación Previa, ni Instrucción.

Tampoco se encuentra estatuido dentro del delito de peculado, Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, que lo constituya: no pagar completo la aportación, pagarla extemporáneamente, el impugnar una liquidación, y ulteriormente pagar una deuda, pues, conforme se lo ha explicado a lo largo de estos comentarios, aquello no está considerado dentro de la estructura típica, ni como elemento objetivo, ni subjetivo, ni normativo del tipo; y encontrándose prohibida la interpretación extensiva en cuanto a

los tipos penales y sanciones, se debe entender únicamente y exclusivamente lo que determina su tenor literal o gramatical, tal como lo señala el Art. 13 numeral 2 Código Orgánico Integral Penal²⁷.

¿El Fiscal tiene competencia, o dentro de sus atribuciones está, el calcular o recalcular capital, intereses y multa de una deuda; o hacer liquidaciones reliquidaciones de una deuda? o ¿Nombrar un perito para que haga lo anteriormente detallado? No, por supuesto que no, y basta leer el Código Orgánico Integral Penal para verificar aquello. La finalidad de la Investigación Previa es recolectar elementos de convicción de un delito, pero en este caso, no existiendo delito sino una deuda, lo pertinente de habérsela iniciado bajo los parámetros antes señalados, es archivar la causa y derivarla del ser el caso al Consejo de la Judicatura, para el cobro de lo insoluto.

Sobre el informe de Contraloría

El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, estipula que los informes deben ser aprobados máximo en 180 días improrrogables desde la emisión de la orden de trabajo²⁸. Todo Informe que establezca la supuesta existencia de indicios de responsabilidad penal, deben estar sustentados en evidencia suficiente, competente, pertinente y relevante, de conformidad a la Norma Ecuatoriana de Auditoría EAG-05.

“El indicio es un dato fáctico relacionado razonablemente con el hecho delictivo que se pretende probar. La gran cantidad de droga poseída es un

²⁷ Art. 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: ...

2. LOS TIPOS PENALES Y LAS PENAS SE INTERPRETARÁN EN FORMA RESTRICTIVA, ESTO ES, RESPETANDO EL SENTIDO LITERAL DE LA NORMA. ... (Mayúscula sostenida, negrilla y subrayado fuera de texto)

²⁸ “Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. **ESTOS INFORMES SERÁN TRAMITADOS DESDE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE TRABAJO DE LA AUDITORÍA, HASTA LA APROBACIÓN DEL INFORME EN EL TÉRMINO MÁXIMO DE CIENTO OCHENTA DÍAS IMPRORROGABLES.** Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata.” (Mayúscula sostenida, negrilla, y subrayado fuera de texto)

indicio para deducir la finalidad de traficar con ella. El carácter multiforme de la prueba indiciaria hace que pueda ser considerado indicio cualquier elemento capaz de dar información sobre otro hecho con el cual se encuentra lógicamente vinculado por una relación de necesidad derivada de la naturaleza de las cosas”.

Metodología

La metodología se realiza de forma cualitativa, debido a los fenómenos jurídicos, y significados que tienen relación al peculado. La investigación cualitativa define las competencias del notario, respecto a la relación de la participación para con el Estado en los pagos realizados en la sede notarial, siendo el objetivo el precautelar los intereses establecidos por la Constitución del Ecuador, además de una investigación no experimental porque se usan métodos teóricos, jurídicos y empíricos. Para el autor Sampieri (2006) el enfoque cualitativo es:

Un proceso inductivo, que recoge los datos y la relación directa entre un todo, ubica a los profesionales del derecho y área notarial, para sumar información con base a la experticias, es un instrumento neto de medición. Se analiza las preguntas e interrogantes de la investigación en la información adquirida y la veracidad de la discusión, dando conclusiones reales por los datos alcanzados, El enfoque cualitativo da amplitud a las ideas e interpreta las acciones que converge en la investigación. (p.37)

Alcance de la investigación

El método constituye, el procedimiento ordenado, que se sigue para establecer los hechos y fenómenos del interés científico y para hallar en materia de ciencia con la verdad, esto es, por donde y hasta donde se tiene que encausar la investigación. Sólo una investigación llevada a cabo en forma metódica puede proporcionar claros conceptos de las cosas, hechos y fenómenos, facilitando la sistematización de las ideas, finalmente, que se descubran las leyes o regularidades en el derecho notarial. Cada

ciencia, al igual que cada arte, tiene sus propios y específicos métodos y técnicas de trabajo.

La investigación, detalla el pronunciamiento de diferentes profesionales del Derecho inmersos en la declaratoria de si existe o no peculado dentro de la actividad notarial, donde se pronuncia con un control ordenado en el aspecto de pagos que realizan los notarios al estado y por último se coordina un análisis profundo de una investigación exploratoria, referidas a los argumentos de casos presentados y a los elementos doctrinales existentes en la jurisdicción en la Constitución de la República, la Ley Notarial, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico Integral Penal.

Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis

Para poder resolver el problema planteado, se tiene que partir de los métodos de investigación científica, se debe de tener en claro que todo proceso de investigación debe partir de un enfoque metodológico, sustentado en pilares científicos y en las normas jurídicas del país. Los métodos planificados son científicamente diseñados y validados para alcanzar los fines de la investigación, cada uno de ellos están dirigidos a obtener y procesar la información que permitiría dar solución al problema científico. Dentro de estos métodos existen los teóricos y los empíricos. Los métodos teóricos cumplen una función gnoseológica importante, pues, posibilitan la sistematización y análisis de la bibliografía y la interpretación conceptual de los datos empíricos. Las clases de métodos teóricos son: Histórico – lógico, Sistémico – estructural, Análisis y síntesis, Inducción – deducción e Hipotético – deductivo.

Ante lo anterior, es necesario mencionar que en las ciencias jurídicas existen métodos determinados:

- **Método de análisis histórico:** Mediante el cual se analiza las instituciones del Derecho, verificando los hechos pasados y los juicios tomados de los relatos realizado por autores, casos presentados e historiadores.

- **Método teórico – jurídico:** Se relaciona con los conceptos e interpretaciones de la investigación, permite un análisis del estado del arte en la investigación.
- **Método exegético – analítico:** es por excelencia la caracterización de la dogmática jurídica, analiza la validez y pertinencia de la norma.

“La investigación cualitativa, se plantea, por un lado, que observadores competentes y cualificados pueden informar con objetividad, claridad y precisión acerca de sus propias observaciones del mundo social, así como de las experiencias de los demás. Por otro, los investigadores se aproximan a un sujeto real, un individuo real, que está presente en el mundo y que puede, en cierta medida, ofrecernos información sobre sus propias experiencias, opiniones, valores, entre otros. Por medio de un conjunto de técnicas o métodos como las entrevistas, las historias de vida, el estudio de caso o el análisis documental, el investigador puede fundir sus observaciones con las observaciones aportadas por los otros”. (Gómez, Gil Flores , & García Jiménez , 1996)

Tabla 1**Métodos Empíricos**

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de análisis
Conducta del Notario con relación a pago al estado	Responsabilidad e imagen del Notario ante la judicatura	Análisis normativo	Constitución de la República Art. 82 Ley Notarial Artículo 19, numerales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k y l
		Análisis documental	Código Orgánico de la Función Judicial Artículos 304 literal 1, 2, 3, 4, y 5 Artículo 109 Literal 1, 2,3 ,4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13,14, 15, 16, 17 y 18. Código Orgánico Integral Penal Artículo. 278
		Análisis sentencias judiciales	Caso (033-712-EP, 2015) (Caso 0036-10-IN, 2013) (Caso 0042-11-EP,, 2013)
		Entrevista a profundidad	A notarios y profesionales del derecho

Elaborado por José Francisco Dávila Álvarez

Criterios éticos de la investigación.

Se pronuncia cuatro métodos a efectos de la interrogante y objetivos planteados en el capítulo primero, comenzando con un análisis normativo y documental , estudio de casos presentados descritos en sentencias, el Derecho comparado y entrevistas a expertos en el tema, analizando los conceptos e interpretaciones de la investigación, se establece un estado del arte planteado desde el objeto de investigación, para luego en las conclusiones y recomendaciones se establezca las normas que den solución al

problema, siendo necesaria una reforma en las normas legales aplicables a los notarios en el Ecuador.

Población y muestra

Tomado de la Constitución de la República del Ecuador, año 2008, de la Ley Notarial, año 1966, del Código Orgánico de la Función Judicial, año 2009, y del Código Orgánico Integral Penal, 2014

Tabla 2

Población y Muestra

NORMATIVA RELACIONADA	ARTICULOS	POBLACIÓN	MUESTRA
Constitución de la República del Ecuador	82	1	1
Ley Notarial	19	1	1
Código Orgánico de la Función Judicial	109 y 304	2	2
Código Orgánico Integral Penal	278	1	1

Elaborado por José Francisco Dávila Álvarez

Resultados

Se considera la información descrita de una problemática actual de trascendencia en el desarrollo de la actividad notarial, se vincula la Demarcación del problema con relación al marco jurídico que rige a los notarios, además se estudia los fundamentos históricos, teóricos, doctrinales que permitan observar el problema y brindar una solución, se suma un Análisis de los elementos que doctrinariamente componen al delito de peculado y la Sistematización de lo investigado que permite una cosmovisión del tema analizado.

Análisis normativo

Tabla 3

Base de datos del estudio

Casos del objeto de estudio	Unidades de análisis
Constitución de la República del Ecuador	Art. 82.- “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.
Ley Notarial	<p>“Art. 19.- Son deberes de los Notarios:</p> <p>a) Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio.</p> <p>De presentársele minuta, ésta debe ser firmada por abogado con indicación del número de su matrícula y del Colegio a que pertenece, minuta que será transcrita al protocolo;</p> <p>b) Exigir, antes de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, el pago de los impuestos relativos, tanto al acto o contrato, como a los impuestos que graven los bienes a que tal acto o contrato se refiere.</p> <p>Sin embargo, el notario podrá recibir los valores correspondientes a tales impuestos y entregarlos a las instituciones respectivas dentro de los días hábiles subsiguientes, confiriendo recibo por el dinero que le se entregue y haciéndose responsable por su custodia.</p> <p>Si al hacer la entrega del valor de los impuestos, la institución beneficiaria se negare a recibirlos, el notario inmediatamente depositará los valores correspondientes a la orden de aquella en el Banco Central del Ecuador o en sus sucursales o agencias; y donde no</p> ”

hubieren éstas, hará el depósito en las oficinas locales del Banco Nacional de Fomento.

En este caso, el notario será responsable por la exactitud en la determinación legal del valor de los impuestos a pagarse.

c) Acudir, inmediatamente que sean llamados para desempeñar algún acto en que la Ley prescriba su intervención;

d) Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deban ser protocolizados;

e) llevar el Libro de Diligencias en el cual extenderá, diariamente, una síntesis de las diligencias que practique y que no formen parte del protocolo;

f) Organizar el Índice Especial de testamento;

g) Cerrar el último día de cada año, el protocolo y más libros a su cargo, dando fe del número de fojas de que se compone, de la diligencia o escritura con que principió y de aquella con que terminó;

h) Remitir, anualmente a la Corte Superior, hasta el 31 de marzo de cada año, testimonio literal del índice del protocolo que hubiese formado el año anterior;

i) Conferir, por orden de cualquier Juez o Tribunal, copia de instrumentos, escritos o diligencias, constantes en procesos archivados en la respectiva notaría;

j) Afiliarse al Colegio de Notarios del Distrito.

k) Las tablas notariales deberán ser exhibidas en un lugar visible de la notaría, tabla en la cual se señalará los montos que deban cobrarse de acuerdo a la cuantía del instrumento público.

	<p>1) Remitir a la Autoridad Agraria Nacional dentro de los treinta primeros días de cada año, el índice del protocolo formado el año anterior, sobre contratos agrarios otorgados por escritura pública”.</p>
<p>Código Orgánico de la Función Judicial</p>	<p>“Art. 304.- MECANISMO DE REMUNERACION.- Le corresponde exclusivamente a la notaria o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos.</p> <p>La notaria o notario sentará razón al margen de la escritura matriz o del documento protocolizado o de la diligencia practicada, del número de la factura emitida por el acto o contrato notarial realizado.</p> <p>El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaria o notario.</p> <p>1. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial, el Estado participará en el diez por ciento (10%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;</p> <p>2. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 10 de la carrera judicial y el duplo de ésta, el Estado participará en el veinte por ciento (20%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;</p> <p>3. Del ingreso bruto comprendido entre el duplo de la categoría 10 de la carrera judicial y el cuádruplo de ésta, el Estado participará en el treinta por ciento (30%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; y,</p>

4. Del ingreso bruto superior al monto anterior, el Estado participará en el cincuenta y uno por ciento (51%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría

5. Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio.

Esta participación en el rendimiento no constituye un tributo; por lo tanto no constituye crédito fiscal a favor de la notaria o notario.

La notaria o notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del Tesoro Nacional y presentar la respectiva liquidación al Consejo de la Judicatura. Si la notaria o notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará los intereses legales y una multa equivalente al tres por ciento (3%) por cada mes o fracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas por retención de fondos públicos. El retraso reiterado será causal de destitución”.

“Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:

1. Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial;

2. Abandonar el trabajo por más de tres días laborables consecutivos o por más de cinco no consecutivos injustificados en un mismo mes;

3. Haber sido sancionado disciplinariamente con sanción pecuniaria por más de tres veces en el lapso de un año;

	<p>4. Retener indebidamente documentos, procesos o bienes de la Función Judicial o de terceros que se encuentran en la dependencia donde labora o sea responsable de su manejo o cuidado;</p> <p>5. Introducir extemporáneamente documentos al proceso o sustituirlos, así como mutilar los procesos extrayendo piezas del mismo, aunque no sea para favorecer a una de las partes;</p> <p>6. Ejercer la libre profesión de abogado directamente o por interpuesta persona;</p> <p>7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;</p> <p>8. Haber recibido condena en firme con pena de privación de la libertad como autor, coautor o cómplice de un delito doloso o de un delito de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, con pena privativa de la libertad mayor de seis meses.</p> <p>9. Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección, concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento;</p> <p>10. Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial;</p> <p>11. Solicitar o recibir préstamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar;</p> <p>12. Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial;</p>
--	--

	<p>13. Ejecutar en forma irregular el sorteo de causas cuando sea obligatorio dicho requisito para prevenir en el conocimiento de las causas;</p> <p>14. Revelar, antes de la práctica de la diligencia de confesión, el contenido de las posiciones presentadas en sobre cerrado;</p> <p><u>15. No cobrar las tasas por servicios notariales, apropiarse de parte o totalidad de ellas, o cobrar más de lo debido a los usuarios del servicio para beneficiarse; y,</u></p> <p>16. Revelar información sobre actos investigativos que por su naturaleza puedan favorecer o perjudicar ilegítimamente a una de las partes.</p> <p>17. No comparecer a una audiencia, excepto por caso fortuito o fuerza mayor.</p> <p>18. No citar o notificar a las personas investigadas cuando lo han solicitado en las investigaciones previas; o, a las personas procesadas, en las investigaciones procesales, por delitos de ejercicio público de la acción”.</p>
<p>Código Orgánico Integral Penal</p>	<p>“Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.</p>

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.

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

	<p>Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.</p> <p>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, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p> <p>La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.</p> <p>Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, 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”.</p>
--	---

Elaborado por José Francisco Dávila Álvarez

Discusión

El tema incluye la participación de interrogantes, que son las entrevistas realizadas que abarca una realidad desde el punto de vista del profesional de derecho y el mismo notario referente al peculado, donde se describen repuestas validas, la pregunta realizada referente a si ¿El Notario es un funcionario público? ¿Por qué?, donde según la Abg. Tatiana García, profesional del Derecho con una amplia trayectoria en la función judicial señala que los Notarios tienen funciones muy especiales, por lo que tienen una situación difícil de definir, son funcionarios públicos en la medida en que el estado les confiere la potestad de otorgar fe pública, pero sus funciones sobrepasan las

funciones de un funcionario público, debido a que de entre sus funciones está la de dar asesoría previa a los actos que autoriza. Por más que la ley los defina así doctrinariamente hay discusión en este sentido.

Para la abogada Olga Baldeón, profesional en derecho con asistencia y asesoría legal a organismos públicos y privados, considera que en nuestra Constitución, el término acogido actualmente es “servidor público”, definido en el Art. 229, y los Notarios cumplen con todos los presupuestos establecidos en dicha norma para ser considerados como tales: ejercen cargos y funciones dentro del sector público, como órganos auxiliares de la Función Judicial. Para la experta jurista Dra. Isabel Nuques Martínez, docente y experta profesional en derecho, señala que si bien la organización notarial es empresarial, sus funciones propias dependen del reconocimiento y designación del Estado, al cual debe rendir cuentas, con la frecuencia que la Ley señala.

Para la doctora Norma Plaza si son servidores públicos, ya que si bien la organización notarial es empresarial, sus funciones propias dependen del reconocimiento y la designación del Estado, al cual debe rendir cuentas. Finalmente, el doctor Piero Aycart puntualiza que la esencia del funcionario público no es aplicable a la fe pública de la cual es investido un Notario, sin embargo, el Código Orgánico de la Función Judicial lo define como tal.

Otra de las interrogantes es referente a que si ¿el dinero que recibe el Notario por la tasa notarial es del Estado; o sólo la participación? ¿O el dinero que ingresa es privado, con el cual cancela sus obligaciones incluyendo las que tuviere con el Estado?, donde la Abg. Tatiana García señala, que el dinero que el Notario percibe por las tasas de la prestación notarial, es una participación, debido a que si fuera tasa propiamente tal, no tendría potestad para administrarla. El dinero que le ingresa por la prestación de los servicios es de los particulares, no es una asignación que conste en el Presupuesto General del Estado, por lo que no es devengada por el Estado. El particular así cancela los valores correspondientes al Notario y la proporción del Estado que el notario administra hasta la fecha de cancelación de estas al Estado.

Para la abogada Olga Baldeón, señala que el dinero que recibe el Notario por los servicios que presta como tal no son del Estado; son fondos privados con los cuales el

Notario en teoría debería (pues bien podrían provenir de otra fuente) cancelar sus obligaciones al Consejo de la Judicatura, y con los demás órganos correspondientes (como el SRI y el IESS). También la entrevistada Dra. Norma Plaza de García señala que la tasa notarial es del Estado. Con esas tasas el Estado ecuatoriano sufraga los costes judiciales. No pueden eliminarse, mientras no haya otra fuente de financiamiento. El notariado puede y debe solicitar una rebaja de los porcentajes en vista que debe asumir gastos como defensa propia con sus propios medios.

La doctora Isabel Nuques afirma que el tema de la mal llamada “tasa notarial” es lo más complejo que existe en la actividad notarial. De los cuatro rubros que componen la retribución por el servicio notarial (1.- Lo que le corresponde al Estado; 2.- La remuneración al Estado; 3.- La remuneración a los trabajadores de la Notaría; el costo del servicio) una parte nomás corresponde al Estado, es una regalía o un aporte pero no una tasa. El doctor Piero Aycart señala que la denominada tasa notarial es solo un nombre y en realidad lo que es, es un tarifario para que los notarios lo apliquen al momento de cobrar por los servicios. Ese dinero que es del notario es privado, y se lo comparte con el Estado, lo cual no lo hace público, sino hasta que el Estado los deposite en sus cuentas.

En lo que se refiere a la interrogante de que si el Notario puede cometer delito de peculado si no cobra la tasa, o cobra de más la misma y ¿Por qué? La Abg. Tatiana García indica que si el notario no cobra la tasa, debe pagarla con su propio peculio, y si cobra de más le correspondería devolver al usuario que lo canceló. Esto puede y debe hacerlo antes de cumplir con el pago de su obligación al consejo. Y lo puede hacer porque lo realiza con el pago del dinero de los particulares y no con dineros del Estado. La Abg. Olga Baldeón responde que en virtud de la respuesta a la pregunta anterior, el Notario no comete peculado por no cobrar la tasa, además, así el Notario dé crédito o desee regalar el servicio, igualmente tiene que pagar la participación que le corresponde por dicho servicio. Por otra parte, tratándose de cobros excesivos de la tasa, se podría llegar a determinar que pudiese existir enriquecimiento ilícito (si se llega a la base que determina el COIP), pero no peculado. La Dra. Norma Plaza señala que es dinero que no le pertenece; es del Estado.

La Dra. Isabel Nuques sostiene que de cara a lo expuesto, es complejo configurar el delito de peculado, hay una parte pública que evidentemente es dinero estatal, y allí podría hablarse de peculado, pero con esta compleja composición, resulta muy difícil separar los elementos que la conforman. Para el doctor Piero Aycart, el notario tiene una obligación para con el Estado cuya fuente es la Ley, esta obligación se soluciona por el pago, es una obligación civil no penal.

La siguiente interrogante a discusión se refiere a que si se cree que el Notario puede cometer delito de peculado cuando no paga, paga incompleto o paga extemporáneamente la participación al Estado, donde para la Abg. Tatiana García señala que no, porque el notario no administra fondos públicos, sino que administra un valor de participación compartida con el Estado, que para mayor eficiencia de la prestación que realiza se le permite retener los fondos que cubre el valor de su remuneración propia y de sus empleados. Es una figura de administración atípica que genera conflictos por no poder estar enmarcada adecuadamente en la función pública. Similar opinión podría tener la Abg. Olga Baldeón que indica en virtud de la respuesta a la pregunta 2, bajo ningún concepto; la Dra. Norma Plaza de García manifiesta que si existe un atraso por razón justificable, no hay peculado. La Dra. Isabel Nuques sustenta que como la misma Constitución señala que será “recuperado” para el Estado, entonces definitivamente debería cometerse peculado, al no entregarlo en las formas, condiciones y tiempos determinados normativamente. El Dr. Piero Aycart se cuestiona indicando ¿en qué infracción puede incurrir el Notario si no paga? ¿En infracciones penales? Absolutamente no, ¿Incumplimiento civil? Absolutamente si, y es por esto que la demora o la falta de pagos son sancionados dos veces una con multa y otra con intereses.

Referente a la interrogante de que si la falta de pago, pago incompleto, o pago extemporáneo de las participaciones al Estado, que genera intereses y multa a nivel administrativo, puede además ser considerado delito de peculado, la Abg. Tatiana García señala que no, porque la misma ley prevé la posibilidad del pago de multas, y pago de intereses cuando se dan los atrasos por parte de los funcionarios, y esta situación no está establecida en ningún caso dentro del delito de peculado en el COIP,

por lo que no hay tipificación penal, pero si una sanción de carácter administrativo pecuniaria. Para la experta Abg. Olga Baldeón, señala también que no; la sanción para el incumplimiento es meramente pecuniaria y administrativa; debido a que primero genera multa, y puede luego llevar a la destitución, de acuerdo con el COFJ. La doctora Norma Plaza de García contestó que sí, conforme la pregunta anterior. La Dra. Isabel Nuques Martínez supo indicar que el tema de intereses y multa administrativas debería ser compatible con la consideración de la definición de la sanción o tipificación de la conducta, si esta constituye o no peculado. El Dr. Piero Aycart concluye que solo puede cometerse peculado con dinero del Estado o público, que no es el caso.

Propuesta de reforma jurídica

Es importante considerar que dentro de la propuesta, se establece un esquema de apego entre la notaria y la judicatura, para que exista la confianza y la responsabilidad por ambas entidades en beneficio de la ciudadanía, donde el trabajo se desarrolla con base a la justicia y la fe pública. Al Notario no se le entrega, ni bienes, ni fondos, ni títulos, ni acciones, ni activos, ni rentas, ni utilidades, ni excedentes, ni subvenciones. Tampoco es que se le entrega participaciones, bajo ningún título, no es bajo préstamo, ni donación, ni tampoco es que se entrega a favor del Estado; el Notario calcula y de su dinero paga la misma. Es decir, esa participación se podría considerar dinero o recurso público una vez que es depositado en las cuentas estatales, no antes, por ende, a partir de ese momento se podría convertir en recurso público, con las consecuencias jurídicas propias de tal calificación. Así mismo, el dinero que se le entrega al notario no es por ningún concepto para ser administrado por el Notario, el cual no es, ni será considerado como corporación, fundación, sociedad civil, compañía mercantil, ni entidad de derecho privado.

El tipo penal del peculado, ofrece otra variante, que es que se entregue dinero privado, pero ese dinero tiene que ser para que lo cuide, custodie, administre, disponga, en razón de su cargo; y aquello no ocurre, ni lejanamente con el Notario, pues, si bien el dinero que se le paga es privado, no es que se lo dan bajo condición alguna, lo dan como forma de extinguir una obligación, es decir, se lo pagan por el servicio recibido, y a partir de ese momento, el Notario ya puede disponer de su bien, como mejor le

parezca. No es como cuando el particular, le entrega dinero privado, a una entidad bancaria, con la condición que la custodie, y le haga generar ciertos intereses, y que pasado un tiempo, pueda reclamarle su dinero (capital más intereses) teniendo la obligación jurídica de restituírselo, conforme sanciona el peculado bancario, en caso de no hacerlo.

Si la Contraloría General del Estado en su liquidación, señala un valor y el Consejo de la Judicatura señala otro, en auditoría interna, es necesario retomar los cálculos en ambas instituciones para que los valores sean verificados, y comprobados, debido a que los cálculos en uno de los dos casos deben de estar mal calculados o en su defecto ambos mal realizados. Referente a la liquidación, está obligado el Notario a cancelarla, pero debe de ser en una sola entidad, por el desglose de todo los trabajos notariales realizados, y esta entidad debería ser únicamente el Consejo de la Judicatura; y, a través de la misma describir a quienes incumplen con los pagos o liquidaciones, además de las respectivas impugnaciones realizadas, considerando que el Consejo no tiene un tiempo determinado para hacerlo. Si la competente para elaborar las liquidaciones fuera la Contraloría General del Estado (hipótesis no real de acuerdo a lo analizado), de acuerdo a las normas establecidas en la Contraloría, se deben aplicar rectificaciones conforme lo estatuye el artículo 35 del Acuerdo No. 04-CG-2016; en concordancia con los artículos 10 y 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El artículo 35, señala referente a la rectificación de errores, que se lo puede realizar en el momento que la Contraloría General del Estado verificase que existe un error de hecho o de derecho; y, que si existiere una acción penal tramitada, se procede a la rectificación del error incurrido, la cual se hará por escrito al Juez o Fiscal, según corresponda.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el artículo 86 señala que es responsabilidad por algún o alguno de los ejercicios realizados y que son indebidos y logren causar daños de interés público o a terceras personas esta entidad sería responsable de los perjuicios realizados de forja civil o penal, el resarcimiento de los daños por las entidades de control tendrán que rendir cuenta y prescribirán en un plazo determinado por la ley. El Artículo 10. Señala que todas las Actividades

Institucionales. Deben de llevar un control eficiente y económico en las áreas de administración, operativa y ambientales.

Referente al tema de la liquidación en los intereses y multas, al que están expuestos los notarios, si se considerase que cometen peculado(hipótesis no consentida en este trabajo), se debe considerar que nunca podrían generarse intereses; y con relación a la multa, sólo se aplica el Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, cuando media una sentencia condenatoria ejecutoriada. Jurídicamente es contrario a la lógica y al derecho, pensar que se puede imponer la multa del Código Orgánico Integral Penal y la del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto, no puede ser obligación civil y delito a la vez.

Conclusiones

En concreto, con sus particularidades propias, se deberá examinar la conducta del Notario, cuando se le pretenda endilgar una responsabilidad penal. Ningún caso es igual a otro, más aún en materia penal. Si se parte de la premisa que hay un monto adeudado y este fue pagado así sea extemporáneamente, no puede considerarse existe un perjuicio estatal, pues, se ha generado y pagado intereses y multas; y por ende, peor se lo puede catalogar como “peculado” por las siguientes razones:

1.- Sólo las deudas legalmente contraídas generan intereses. El producto de un delito como el peculado, jamás genera intereses, porque entonces el Estado se estaría lucrando del producto de un ilícito, siendo entonces coparticipe del mismo, al beneficiarse de aquel. Tan descabellado como pedirle a un Narcotraficante pague intereses, IVA, RENTAS, ICE, o participaciones al Estado, por el ingreso mensual que produce su actividad ilícita y además se le impone una multa por no declarar al SRI, sus “ingresos” producto del delito.

2.- No se puede cometer peculado con dinero propio. Los Notarios ganan de acuerdo a lo que producen, y con relación a su producción le pagan al Estado, una participación, es decir, el dinero podría considerarse estatal una vez que ingresa en sus arcas, antes de eso no. Y para que ello ocurra se debe calcular el ingreso bruto, una vez que se cancelen los tributos propios de la actividad, restándole el salario de un servidor judicial 5, si lo anterior no se hace, todos los cálculos posteriores adolecerían de error.

3.- En la historia jurídica del país jamás se ha escuchado un absurdo más grande que pretender cobrar el producto de un ilícito vía coactiva, es como si al narcotraficante le se emite un título ejecutivo o de crédito y se le diga que pague o dimita bienes para embargo, eso contradice la lógica del derecho penal, en la cual, el producto de un ilícito debe ser comisado, no utilizado por el Estado para generar intereses ni multas por el no pago.

4.- Si un Examen Especial de la Contraloría establece que se han incumplido normas de control interno o resoluciones del Consejo de la Judicatura, por cierto, algunas veces

derogadas para la fecha de aprobación del informe, aquello no constituye ni lejanamente la adecuación de una conducta al tipo penal de peculado, pues, en ninguna parte de ese delito en su estructura típica establece que “incumplir una resolución derogada” sea un elemento constitutivo de tipo objetivo, subjetivo o normativo del tipo penal peculado.

Para que una conducta pueda ser calificada como delictual, debe confluir en todos los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo, en el cual debe existir una exactitud como lo indica la doctrina en relación a que la conducta es al tipo como la mano a un guante. En ese sentido, el profesor Francisco Muñoz Conde, indica: “La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Pro imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. De la amplia gama de comportamientos antijurídicos, que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto hecho de una norma penal, cumpliendo así, además las exigencias del principio de legalidad o intervención legalizada” (Muñoz Conde, 2010).

5.- En los exámenes especiales no se establecen usualmente, qué tipo penal se usó para investigar, si el peculado del Código Penal o del Código Orgánico Integral Penal, u otro distinto; así como tampoco se detalla cuáles son los supuestos indicios de responsabilidad penal, menos aún se explica: cómo mezclan, mal entienden, o desconocen, la diferencia entre: una obligación civil y un delito, entre la forma de extinción de una obligación civil, y el perfeccionamiento de un delito; entre lo que estudia el derecho civil, que son obligaciones; y el derecho penal que no estudia, ni investiga, ni sanciona deudas insolutas, sino conductas típicas, antijurídicas y culpables, entre el pago de una deuda y la existencia de un perjuicio económico.

6.- El no pago de tributos o de participaciones no constituyen delito de peculado, o es que acaso, cuando no se paga el IVA se inician juicios por peculado, es más, la misma administración tributaria impone multas, y declaraciones sustitutivas con las cuales se puede enmendar cualquier error en el que se haya incurrido. Cuando no se paga las participaciones del Estado existe la vía idónea que es la coactiva.

7.- El pagar una deuda no puede considerarse la aceptación expresa o tácita del cometimiento de un supuesto delito de peculado, pues, sería desconocer la naturaleza de la obligación civil, y si fuera “DELITO” el Consejo de la Judicatura no podría mandar a pagar nada, sino luego de la expedición de una sentencia condenatoria que se encuentre ejecutoriada por cierto, y en el caso inverso de ser sentencia ratificatoria de inocencia, se habría extinguido una obligación civil de una manera no prevista en el Código Civil ecuatoriano, y por ende sería nula tal decisión, que dicho sea de paso, esa si afectaría al Estado porque dejaría de percibir el valor que se le adeuda.

8.- Si se considera peculado el monto observado en un examen especial, no puede generar bajo ningún concepto intereses, ni multas. Si se considera deuda como lo es, si genera intereses y multas.

9.- Un Examen de Contraloría realizado fuera de los términos previstos por la Ley es nulo de pleno derecho; así como uno realizado, sin tener base legal para aquello, es nulo también.

10.- Las normas de control interno le competen según lo indica el mismo examen especial de Contraloría General del Estado, a los Directores Provinciales del Consejo de la Judicatura, a quienes se les recomienda en él, elaborar planes de control y seguimiento de las actividades notariales.

11.- Los notarios son auxiliares de la Función Judicial, y no realizan bajo ningún concepto actos administrativos alguno, pues, la labor del Notario se circunscribe a dar fe de los actos de voluntad de terceros. No emiten, repito, ningún acto administrativo.

Recomendaciones

La actividad Notarial se ha vuelto más compleja, y las responsabilidades del Notario abarcan muchas ramas del Derecho como: la Civil, Mercantil, Laboral, Penal, Administrativo, Tributario; y demanda por ello una mayor y mejor preparación día a día, para enfrentar problemas que pueden tener su origen, en criterios que no provienen precisamente de abogados.

Es necesario, que se analicen correctamente los artículos concernientes al delito de peculado, no sólo a la luz de la conducta del investigado, sino también con relación al sistema jurídico ecuatoriano, para conforme se ha demostrado, se visibilice la imposibilidad de juzgar a un Notario por el delito antes mencionado. Hacer lo contrario, como se ha venido haciendo, genera no sólo gastos al incoar un proceso penal cuyo final es más que predecible, sino que genera confusión e inseguridad jurídica.

No se propone reforma legislativa alguna, pues, la actividad notarial ya de por sí, tiene muchos controles, como para pretender adicionarle uno penal, que dicho sea de paso, es de inadmisibles cumplimiento. Si el Notario no paga completo o paga extemporáneamente, existe la vía coactiva, y tal accionar bien puede ser investigado vía penal administrativa, mediante un sumario en el que se garantice el debido proceso, sin perjuicio de que, la sanción de destitución prevista en la norma, no guarda proporcionalidad entre el acto y la sanción, pero aquello será motivo de disquisición en otro trabajo.

Si el Notario debe rendir caución, se debería exigir que ésta cubra los incumplimientos, de ésta manera simple y rápida el Estado resguarda los valores que por concepto de deuda debe cancelar el Notario; se soluciona la obligación por pago y el resto será problema del Notario con la aseguradora y no del Estado.

Bibliografía

- Alejo, S. (2016). *Origen de la expresión Craso Error*.
<https://www.sergioalejogomez.com/origen-de-la-expresion-craso-error/>.
- Aranzadi, T. R. (2015). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*.
- Aranzadi, T. R. (2015). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
Montecristi: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial.
- Atienza, M. (1985). *Introducción a Derecho*. Barcelona.
- Ayala, P. d. (1968). *Derecho Tributario*. Madrid.
- Caso 0036-10-IN, 0036-10-IN (Corte Constitucional del Ecuador 25 de abril de 2013).
- Caso 0042-11-EP, 0042-11-EP (Corte Consttucional del Ecuador 25 de abril de 2013).
- Congreso Nacional. (1983). *Código Penal*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.
Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Tributario*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.

- Congreso Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.
- Consejo de la Judicatura. (2014). *Reglamento para el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Consejo de la Judicatura*. Quito: Registro Oficial.
- Consejo de la Judicatura. (2018). *Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2013). *Normas para el Control del Cumplimiento de los deberes de las Notarias y Notarios a nivel Nacional*. Registro Oficial .
- Contraloría General del Estado. (2009). *Acuerdo de la Contraloría General del Estado 39: Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*. Quito: Registro Oficial.
- Cueva Carrión, L. (2006). *Peculado: teoría, práctica y jurisprudencia*. Ediciones Cueva Carrión.
- De Castro, J. F. (2017). *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Real Academia de la Historia: <http://dbe.rah.es/biografias/15856/juan-francisco-de-castro>.
- Derogación tácita (Corte Suprema de Justicia 14 de marzo de 1933).
- Derogatoria tácita (Corte Suprema de Justicia 30 de marzo de 1990).
- Font, B. V. (2017). El notario y la jurisdicción voluntaria. *UNAM*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/podium-notarial/article/view/16143>.
- García, J. (1991). *El juicio por el delito del peculado*. Quito: Entorno legal .
- Goldstein, R. (1978). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires.
- Gómez Lara, C. (2000). *Teoría General del Proceso*. México: Oxford.
- Gómez, G. R., Gil Flores , J., & García Jiménez , E. (1996). <http://www.academia.edu/download/38185394/investigacioncualitativa.doc>.

Recuperado el 07 de 10 de 2019, de
<http://www.academia.edu/download/38185394/investigacioncualitativa.doc>:
https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:KoX3vLnzjIj:scholar.google.com/+investigaci%C3%B3n+cualitativa&hl=es&as_sdt=0,5

- González López, I. (2009). *Gestión del Comercio Exterior*. Madrid: Esic Editorial.
- González, C. E. (1971). *Derecho Notarial*. Buenos Aires - Argentina.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2017). *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa.
- Jiménez de Azúa, L. (2017). *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Menéndez Moreno, A. (2009). *Derecho Financiero y Tributario*. Lex Nova.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: B de F.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia.
- Murrieta, K. (2010). *El notariado ecuatoriano en el sistema Internacional del Notariado Latino*.
- Nicoliello, N. (2006). *Diccionario del Latín Jurídico*. Montevideo, Uruguay: Editorial IB de F.
- Pérez Liño, A. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona.
- Poder Judicial de la Federación Judicial mexicana. (1996). *Semanario Judicial de la Federación Judicial Mexicana*. México.
- Presidencia del Ecuador. (1966). *Ley Notarial*. Quito.
- Quinceno Alvarez, F. (1997). *Diccionario Conceptual de Derecho Penal*. Jurídica Bolivariana.
- Rafecas, D. (2015). *El crimen de tortura: En el estado autoritario y en el estado de Derecho*. Buenos Aires: Ediciones DIDOT.

Sampieri, R. (2006). *Enfoque cualitativo y cuantitativo, según Hernández Sampieri*.
<https://portaprodti.wordpress.com/enfoque-cualitativo-y-cuantitativo-segun-hernandez-sampieri/>: Metodología de la investigación. McGraw-Hill. Cuarta edición. 2006. p.3-26.

Sentencia No. 003-14-SIN-CC, Caso No. 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN (Corte Constitucional 17 de septiembre de 2014).

Apéndices

Apéndice 1 Pregunta de las entrevistas

- 1.- En su opinión, ¿El Notario es un funcionario público? ¿Por qué?
- 2.- ¿El dinero que recibe el Notario por la tasa notarial es del Estado; o sólo la participación? ¿O el dinero que ingresa es privado, con el cual cancela sus obligaciones incluyendo las que tuviere con el Estado?
- 3.- ¿Usted cree que el Notario puede cometer delito de peculado si no cobra la tasa, o cobra de más la misma? ¿Por qué?
- 4.- ¿Usted cree que el Notario puede cometer delito de peculado cuando no paga, paga incompleto o paga extemporáneamente la participación al Estado? ¿Por qué?
- 5.- ¿La falta de pago, pago incompleto, o pago extemporáneo de las participaciones al Estado, que genera intereses y multa a nivel administrativo, puede además ser considerado delito de peculado?

Apéndice 2 Entrevistas a Profesionales del Derecho

Entrevistada Olga Baldeon



Figura 1 Entrevista a Dra. Olga Baldeon

Entrevista Dra. Isabel Nuques



Figura 2 Entrevista a Dra. Isabel Nuques

Entrevista a Abg. Tatiana García Reyes



Figura 3 Entrevista a Abg. Tatiana García Reyes

Entrevista a Dra. Norma Plaza



Figura 4 Entrevista a Dra. Norma Plaza

Entrevista a Dr. Piero Aycart



Figura 5 Entrevista a Dr. Piero Aycart

Apéndice 3 Validación para el desarrollo de la propuesta

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre:	José Francisco Dávila Álvarez
Cédula N°:	1706847298
Profesión:	DOCTOR EN JURISPRUDENCIA
Dirección:	Quito y 9 de Octubre

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenecía	X				
Secuencia		X			
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad		X			
Beneficiarios		X			
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados		X			
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social		X			

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

El tema es muy pragmático, de actualidad jurídica, de fácil entendimiento y el trabajo está debidamente desarrollado dentro de lo que la normativa constitucional y legal se refiere; llegando a la proposición obvia que consiste en la reforma a la Ley Notarial, que exista mayor descripción del tema de peculado.

Fecha: Lunes 27 de Diciembre del 2019.

**FIRMA: DR.
C.C:**



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, José Francisco Dávila Álvarez, con C.C. # 1713850715 autor del trabajo de examen Complexivo: El Notario frente al Delito de Peculado, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de Educación Superior, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio de democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de enero del 2020

f. _____

Abg. José Francisco Dávila Álvarez

C.C. 0916047384

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El Notario frente al Delito de Peculado		
AUTOR/ES:	José Francisco Dávila Álvarez		
REVISORES O TUTORES:	Ab. María José Blum		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
CARRERA:	Maestría en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
TÍTULO OBTENIDO:	Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de enero del 2020	N° de Páginas	84
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial		
PALABRAS CLAVE:	Notario, Rol, Peculado, Participación estatal, Contraloría, Consejo de la Judicatura.		
RESUMEN:	<p>El tema “El Notario frente al Delito de Peculado” permite una investigación donde por objeto se realiza una disquisición del Notario y su rol dentro de la legislación ecuatoriana, específicamente, el problema tiene que ver con su responsabilidad de cancelar al Estado Ecuatoriano la participación correspondiente a cada uno de los actos notariales que realiza; y si puede responder penalmente por el delito de peculado. El objetivo trata de demostrar que la conducta del Notario con relación al no pago, pago incompleto, pago extemporáneo, de las aportaciones al Estado, no es posible de ser subsumida en el delito de Peculado. La metodología aplicada tiene un enfoque cualitativo, no experimental, con métodos exploratorio, explicativo y descriptivo. Los resultados obtenidos permitirían constituir una infracción de carácter administrativo de conformidad con lo estipulado en el Código Orgánico de la Función Judicial, así como el Reglamento del Sistema Notarial Integral de la Función Judicial, sin embargo de lo cual, existe una yuxtaposición al respecto, puesto que, existe también la posibilidad de que a través de un Informe de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, se pueden establecer responsabilidades civiles, administrativas y hasta indicios de responsabilidad penal por peculado en contra de los Notarios en dicha participación. En conclusión surge la duda de cuál sería la normativa que se debe aplicar si la idea es sancionar al Notario por aquella acción; y, si efectivamente existe una conducta típica, antijurídica y culpable, denominada peculado; así como, si el dinero que reciben los notarios por sus labores, debe ser considerado como público o privado.</p>		
ADJUNTO PDF:	SÍ	NO X	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0986308574	E mail: jfdavila11@hotmail.com	
CONTACTO EN LA INSTITUCION COORDINADOR DEL PROCESO UTE:	Nombres y Apellidos: Mariuxi Blum Moarry		
	Teléfono: 0991521298		
	E mail: maria.blum02@seu.ucsg.edu.ec		