

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

“EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR Y
CRÍTICA AL TIPO PENAL EN EL COIP”

Monografía previa a la obtención del Título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República y Licenciado en Ciencias Políticas y
Sociales.

AUTOR:

BORIS LEONARDO OCHOA MACHUCA
C.I. 0107276636

DIRECTOR:

DOCTOR SIMÓN BOLIVAR VALDIVIESO VINTIMILLA
CI: 0101668374

CUENCA – ECUADOR

2017



RESUMEN

El presente trabajo monográfico aborda el delito de Peculado, mediante una breve referencia histórica del surgimiento de este delito en el mundo y en el Ecuador, además se sugiere al mismo como un delito de “cuello blanco”, pues posee sus características esenciales. El punto central de la monografía es el sujeto activo de este delito, para lo cual se analiza a detalle el tipo penal. Finalmente y a manera de crítica se analiza el principio de Proporcionalidad en torno a la figura de Peculado en el Ecuador.

PALABRAS CLAVES:

Peculado, sujeto activo del delito, principio de Proporcionalidad, delito de “cuello blanco”.



ABSTRACT

The present monographic work deals with the crime of Peculation, by means of a brief historical reference of the emergence of this crime in the world and in Ecuador, in addition it is suggested to it like a crime of "white collar", since it possesses its essential characteristics. The central point of the monograph is the active subject of this crime, for which the criminal type is analyzed in detail. Finally, and in a critical way, the principle of proportionality is analyzed around the figure of Peculation in Ecuador.

KEY WORDS:

Peculation, active subject of crime, Proportionality principle, crime of "white collar".



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
ÍNDICE DE CONTENIDOS	3
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	7
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	8
DEDICATORIA	9
AGRADECIMIENTO.....	10
INTRODUCCIÓN	11
MÉTODO UTILIZADO PARA LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS.....	12
CAPÍTULO I.....	13
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ECUADOR SOBRE EL DELITO DE PECULADO	13
1. Datos Históricos del Peculado en el mundo.....	13
2. El Peculado en la legislación ecuatoriana	15
2.1 Código Penal de 1837	16
2.2 Códigos Penales de 1871, 1889 y 1906.....	17
2.3 Código Penal de 1938	17
2.3.1 Reformas realizadas al Código Penal de 1938	18
2.3.3 Segunda Reforma del Código Penal de 1938 y Codificación de las leyes penales de 1971	19
2.3.4 Codificación del Código Penal del año 1971 actualizada	19



3. El delito de Peculado en el Código Orgánico Integral Penal	20
3.1 Introducción	20
3.2 El Peculado en el Código Orgánico Integral Penal	21
4. Legislación vigente en el Ecuador sobre el delito de Peculado:	26
4.1 Constitución de la República del Ecuador	26
4.2 Código Orgánico de la Función Judicial:	27
4.3 Código Orgánico Monetario y Financiero.....	28
4.4 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	28
CAPÍTULO II	30
TIPO PENAL DE PECULADO	30
1. Análisis del tipo penal como delito de “Cuello Blanco”	30
1.1 Orígenes del delito de “cuello blanco”	30
1.2 Nueva concepción del delito de “cuello blanco”	31
1.3 Consecuencias de los delitos de “cuello blanco”	32
1.4 Características de los delitos de “cuello blanco” en relación con el delito de Peculado contemplado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal	33
2. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de Peculado contemplado en el Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.....	44
2.1 Elementos del Tipo penal de Peculado.....	44
2.2 Elementos del Tipo penal de Peculado contemplado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.....	45
2.2.1 Sujeto Activo.....	46
2.2.2 Sujeto Pasivo	48
2.2.3 Verbo Rector	49



2.2.4 Objeto	51
2.2.5 Bien jurídicamente protegido	51
2.2.6 Dolo.....	53
CAPÍTULO III	54
EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR	54
1. El sujeto activo	54
2. El sujeto activo en los delitos especiales: El intraneus y el extraneus	54
2.1 El intraneus y el extraneus	55
2.2 Participación del extraneus en los delitos especiales	56
3. El Peculado en el Código Orgánico Integral Penal como delito especial	63
4. El intraneus y el extraneus en el delito de Peculado en el Ecuador	64
4.1 El intraneus en el delito de Peculado en el Ecuador.....	64
4.2 El extraneus en el delito de Peculado en el Ecuador	68
5. Análisis de caso práctico y la indebida aplicación del tipo penal Peculado en la justicia ecuatoriana.	71
CAPITULO IV	89
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR	89
1. Definición del principio de Proporcionalidad.	89
2. La pena	90
2.1 Teoría unificadora dialéctica	91
2.2 Función resocializadora de la pena	91
3. El principio de Proporcionalidad en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal	92



4. El principio de Proporcionalidad en el delito de Peculado en el Ecuador.....	92
4.1 Proporcionalidad en las penas privativas de libertad.	93
4.2 Proporcionalidad en la imprescriptibilidad de la acción y juzgamiento en ausencia	95
4.3 Proporcionalidad en la incapacidad de por vida para ejercer todo cargo público y todo cargo en entidad financiera	96
Conclusiones	98
Recomendaciones.....	100
Bibliografía	101



CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL



Universidad de Cuenca

Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

BORIS LEONARDO OCHOA MACHUCA, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR Y CRÍTICA AL TIPO PENAL EN EL COIP", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, Octubre de 2017

BORIS LEONARDO OCHOA MACHUCA

C.I. 0107276636



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad Intelectual

BORIS LEONARDO OCHOA MACHUCA, autor del Trabajo de Titulación "EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR Y CRÍTICA AL TIPO PENAL EN EL COIP", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, Octubre de 2017

BORIS LEONARDO OCHOA MACHUCA

C.I. 0107276636



DEDICATORIA

Con el corazón a mil palpitaciones y agradecido siempre a: Leo, Dereck, Kevin, Ana, Isabel, Jaime, Boris, Maribel, Alonso, Paolo, David, José, Marina y a toda mi familia, a quienes todo les debo, pues cada pequeño acto de amor y cariño, han contribuido para que logre culminar una gran y maravillosa etapa de mi vida.

A mi madre Susana, quien es ejemplo y modelo a seguir, cuya más grande virtud será siempre la dedicación y el amor por sus hijos.

A Arturo mi abuelo, motor y guía indispensable de mi vida, quien ha de vivir doscientos años, con la promesa de ver a todos sus nietos surgir.

A mis muertitos, quienes desde algún lado velan por mí, es especial a María, mi abuela.

A mis amigos Priscila, Abigail, Carla, Dámaris, Verónica, Juan P., Juan G., Mateo, Valeria, Diego, M. Belén G., quienes a su peculiar manera han sido apoyo y parte de esto, y sobre todo hemos compartido preciados momentos que espero la memoria nunca traicione.



AGRADECIMIENTO

A la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca y sus docentes, por ser
guía y luz durante estos años de estudio.

De manera especial al Dr. Simón Valdivieso, referente indudable del Derecho Penal
nacional y un excelente maestro, por haber guiado mi trabajo monográfico y por su
paciencia.

Al Dr. Esteban Guerra, quien me ha brindado su amistad y ayudó inmensamente con la
consecución de este trabajo.

Al Dr. Luis Cañar, por generosamente compartirme sus conocimientos.

Al Dr. Hernán Cañar y a la Dra. Blanca Rodas por toda la ayuda y total respaldo
brindado para la culminación de este trabajo, tanto de manera intelectual como anímica.

INTRODUCCIÓN

La corrupción que rodea a las instituciones del Estado, desde tiempos inmemorables ha constituido un problema para la humanidad, países enteros han quedado en ruina a causa de esta, por lo que siempre ha sido de preocupación absoluta crear normas con el fin de que esto no siga acaeciendo. Desde esta perspectiva surge el delito de Peculado con el fin de sancionar al funcionario o servidor público que por la confianza en este depositado y su cercanía con los bienes del Estado abusa de los mismos, beneficiándose y creando patrimonios inimaginables por la vía legal y justa, en perjuicio de todo un país.

Sin embargo como iremos analizando a lo largo de todo el trabajo monográfico, surgen determinados individuos que pese a ser servidores o funcionarios públicos, se ven exentos de esta normativa a razón del poder político o económico que poseen, siendo estos quienes causan un mal mayor por su alto grado de impunidad y por las cantidades exorbitantes que abusan en su provecho, lo que torna infructuosa la legislación vigente para sancionar a estos sujetos, y por el contrario efectiva únicamente para los funcionarios o servidores públicos que carecen de mentados poderes, siendo un gran injusto pues el Peculado en nuestro país tiene una sanción que va de diez a trece años, independiente del monto abusado. Así también surge una indebida aplicación del tipo penal de Peculado en el caso ecuatoriano, pues sin tener en consideración los elementos del tipo penal, fiscales y lo que es más grave juzgadores incurren en un error gravísimo al momento de pronunciar sentencia en contra de personas que no poseen la calidad especial exigida para el cometimiento del delito, tergiversando y desviando el objetivo principal de la norma, pues al parecer en nuestro país estamos más preocupados por condenar a personas por Peculado sin justa causa, dotando así, de una falsa idea de justicia, que en sancionar al verdadero delincuente y ejercer un control efectivo de los actos de corrupción.

El objetivo principal de este trabajo es incentivar a un correcto tratamiento del tipo penal de Peculado en Ecuador, visibilizando sus falencias y realizando críticas constructivas en torno a esta figura delictiva, además de incentivar a una nueva Política Criminal, que no solucione los problemas aumentando las penas privativas de la libertad, sino lo haga en base de un tratamiento integral del problema.



MÉTODO UTILIZADO PARA LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS

Se utilizó para la consecución del presente trabajo monográfico el Manual de Estilo de Publicaciones APA, sexta edición, de la American Psychological Association que fue realizado para los escritores, editores, estudiantes y educadores en las ciencias sociales y del comportamiento. (APA, 2010).

Esto debido al fácil manejo y entendimiento de sus normas y la utilidad al momento de dotar mayor comprensión al texto que utiliza sus normas como base. Permitiendo hacer citas de acuerdo a la necesidad del texto y protegiendo de esta manera los Derechos de Autor de las personas o instituciones citadas.

Constituyéndose estas normas en el mejor aliado para la consecución del presente trabajo monográfico.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ECUADOR SOBRE EL DELITO DE PECULADO

1. Datos Históricos del Peculado en el mundo

Para desentrañar o encontrar el sentido original de una institución jurídica, es necesario acudir al significado etimológico de las palabras que la componen, en este caso el catedrático mexicano Marcos (2005) nos dice que:

“Los antiguos etimologistas latinos mostraron una absoluta unanimidad a la hora de explicar el término pecunia, ‘dinero’, como vocablo estrechamente emparentado con pecu (‘ganado’, en particular ‘ganado menor’), pecus -oris (‘ganado, rebaño, manada’) y pecus -udis (‘res, cabeza de ganado, carnero, oveja’). Así lo manifiesta Varrón cuando afirma que "pecuniosus (adinerado) proviene de pecunia magna (dinero abundante)", y que "pecunia (dinero) deriva de pecus (ganado), pues el origen de estos vocablos se remonta a los pastores.”

Por lo tanto es indiscutible el origen del término Peculado, puesto a que en épocas de la Antigua Roma la principal fuente de riqueza del Estado era en efecto el ganado ya que se lo consideraba sagrado, y de allí el origen del término. Con el paso del tiempo la creación de la moneda a base de metales preciosos, sustituye al ganado como la principal fuente de riqueza del Estado y la figura del Peculado evoluciona.

Esta figura no fue única ni exclusiva del Derecho Romano pues la noción de Peculado es más antigua, aunque cabe destacar que si fue este pueblo quien la desarrolló con mayor profundidad.

“El delito de peculado fue conocido y tipificado desde la Antigüedad. El Código de Manu castigaba a quién sustraía el tesoro público” (Cueva, 2006, p. 53)

Si tenemos en cuenta que las Leyes de Manu datan aproximadamente del siglo III a.C. podemos tener una perspectiva histórica amplia sobre el tiempo en donde ya se tenía una noción primitiva de los bienes públicos y la severidad con la que se castigaba su apropiación, por ejemplo la ley No. 124 de Manu dice: “Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos, deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino.”

El Código de Hammurabi promulgado aproximadamente en 1760 a.C., en la ley número seis nos dice que: “Si uno robó el tesoro del Dios o del palacio, recibirá la muerte y el que hubiere recibido el objeto robado merecerá la muerte”. Si bien no se habla de una persona que forma parte de la Administración Pública, si podemos apreciar un antecedente claro de la noción de Estado y el severo castigo que tenía hurtar los bienes a este, que por ese entonces estaba estrechamente vinculado con los dioses.

Es de unánime aceptación que la base de todo nuestro ordenamiento jurídico moderno se encuentra en la Antigua Roma, por lo cual haré una referencia más profunda a esta.

“La ley de las doce Tablas sistematizó los delitos en cuatro categorías: perduellio, parricidium, furtum e iniuria” (p. 54), para el objeto de estudio, la categoría del furtum es la que nos interesa. En palabras de Solarte Rodríguez al hablar de furtum nos dice que:

En el derecho romano el furtum consistía en la apropiación injusta de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su propietario. Aunque en el derecho antiguo el delito se concretaba cuando la cosa se sacaba o removía del lugar en donde se encontraba originalmente (amotio rei), para la época clásica y posclásica el concepto se amplió y llegó a comprender eventos tan diversos como la sustracción misma, la retención contra la voluntad, el ocultamiento de la cosa o el encubrimiento de su autor, e, incluso, el uso indebido de las cosas que se tuvieran bajo custodia, conductas todas éstas que fueron englobadas bajo el concepto de contrectatio rei. (Solarte, 2004, p.705).

En base a esto podemos decir que el furtum iba más allá del Hurto como actualmente se conoce, pues si bien es cierto que en el primitivo Derecho Romano tenía su similitud con el delito de Hurto actual, con la llegada del Derecho Cesáreo, el criterio de que la traición a la confianza y de la facilidad de delinquir, que tenía quien estaba a cargo de la custodia de los bienes del Estado fue afianzándose. En esta etapa del Derecho Romano se infiere que la mayor severidad de las leyes penales debía reservarse contra los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que se les fue confiado (Carrara, 1974, pp. 9-8).

De este término con la unión de la noción de los bienes públicos y del término Peculado se deriva el término Furtum Pecuniae Publicae, que se podría entender como el hurto del peculio público.

En el Derecho Romano primitivo se consideraba al Peculado común a todas las personas quienes hurtaban el ganado del Estado, debido al tinte religioso que este tenía y su importancia en los rituales religiosos. A partir del Derecho Cesáreo la connotación del Peculado es distinta pues en esta etapa se le da la calidad de Sujeto Pasivo del delito de Peculado a todas las cosas de las ciudades y de la Administración Pública y se adopta la noción de que quién es funcionario del Estado, debe ser castigado con mayor severidad en caso de incurrir en Peculado, debido al abuso de confianza y la traición al Estado que esto representaba. (Cueva, 2016, p. 55).

Innegablemente el sistema jurídico español tiene como antecedente el sistema romanista, como nos dice Pérez: “Es doctrina pacíficamente aceptada entre los historiadores del derecho que para la elaboración de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio se utilizaron con gran profusión obras de derecho romano” (Pérez, 1992, p. 215), y estas nos traen importantes antecedentes de lo que es hoy en día el Peculado como bien trae a colación la Enciclopedia jurídica Omeba que al referirse a las Siete Partidas nos dice que:

“Una ley de Partida ordena que el que teniendo dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, hacer algunas labores, o para otros fines semejantes, lo empleare en su propia utilidad, debe restituirlo y además pagar un tercio de su importe; y otra ley de la misma impone la pena capital al tesorero, recaudador o juez que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos público, y aún a los auxiliadores, consejeros o encubridores; bien que si el rey o consejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de 5 años desde que tuvo noticia cierta, no podrá darse la pena de muerte, sino solo la pecuniaria del cuatro tanto. Por las leyes recopiladas, el que tomare violentamente para sí y por su propia autoridad las rentas y derechos reales de que el rey se hallare en pacífica posesión, o hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, incurre en las penas de muerte y confiscación de bienes juntamente con los que le dicen consejo, favor o ayuda, el empleado público o arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, o diera auxilio o consejo de otro para hacerlo, es castigado con la pérdida de todos sus bienes y destierro perpetuo del reino; y el empleado que sabiendo y pudiendo probar la fraudulenta usurpación, no la denuncia dentro de los dos meses contados desde que tuvo noticia, pierde la mitad de sus bienes, y cualquiera merced u oficio que hubiese recibido del soberano.” (Omeba, 2012, p.784).

Se puede apreciar ciertamente como el Peculado toma forma en relación a la actual figura jurídica que conocemos, aunque por la época el delito no se cometía en contra del Estado sino del rey, y quien lo perpetraba no era el funcionario público como tal, sino quienes estaban a servicio de la corona.

A manera de conclusión diré, conforme a lo averiguado, que la figura del Peculado existe en un plano jurídico desde hace mucho tiempo, la preocupación por sancionar a las personas que hurtan los bienes públicos valiéndose de su posición, es decir, festinarse de aquellos en razón de su cargo o custodia, es común en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, con las salvedades de que cada normativa respondía a la época, la necesidad y la idiosincrasia de los distintos pueblos.

2. El Peculado en la legislación ecuatoriana

Con la conquista española realizada en el siglo XVI en tierras americanas traerían consigo su cultura jurídica entre ellas las Siete Partidas, como manifiesta Stone: “Varias leyes de Las Partidas, redactadas en el siglo trece, ratificadas en el siglo catorce en el Ordenamiento De Alcalá, impresas en el siglo quince y editadas con notas latinas en el siglo dieciséis se utilizaban en el nuevo mundo y algunos de sus títulos renacieron en otros códigos...” (Stone, 1992, p. 26) lo que nos dejaría un legado imborrable que hasta el día de hoy, tiene su repercusión en nuestro ordenamiento jurídico.

Tras la independencia de Ecuador y su consagración como república las leyes vigentes fueron las de la anterior Colonia Española, sobre todo lo que respecta a materia penal, no es hasta 1837 con la redacción del primer Código Penal Ecuatoriano, promulgado en el gobierno de Vicente Rocafuerte que tenemos una normativa propia, pero que sin duda tiene mucha influencia de otras legislaciones.

Para comprender la evolución histórica del delito de Peculado en la legislación ecuatoriana, me permitiré realizar un resumen comparativo de la tipificación de este delito en los distintos Códigos Penales, sus reformas y Codificaciones que ha tenido nuestro país:

2.1 Código Penal de 1837

Esta normativa fue publicada en el Registro Auténtico 1837 de 14 de abril de 1837 el delito concreto que nos atañe tenía en ese Código Penal la siguiente configuración:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo III “Del extravío, usurpación y malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos”.

Sujeto Pasivo del delito: La comunidad de algún departamento, provincia, cantón, parroquia o algún establecimiento público.

Acción: Extraviar, usurpar, malversar, no llevar cuentas con las formalidades previstas en los reglamentos.

Sujeto Activo del delito: a) Funcionarios públicos a cargo de recaudar, administrar, depositar; b) Persona particular que tenga a su cargo caudales o efectos pertenecientes a la comunidad; c) Depositarios de caudales mediante orden judicial; d) Los asentistas, proveedores encargados de suministrar de víveres o cualquier otro artículo a establecimientos públicos; e) Empleados o agentes de los establecimientos públicos asalariados por ellos, para suministrar, vender, comprar o manejar efectos por cuenta de dichos establecimientos.

Sanción: a) Privación del empleo; b) Multa del diez por ciento del caudal de que hubieren hecho uso; c) Si el importe no excede de las fianzas que hubieren prestado en seguridad del manejo de los caudales públicos, serán declarados infames, condenados a obras públicas por dos a seis años, y, quedarán inhábiles por cuatro años para obtener empleo alguno. d) Si el importe excediese de las fianzas, serán declarados infames, privados de sus empleos, inhábiles perpetuamente para obtener otros y condenados a obras públicas por cuatro a diez años.

De lo anotado podemos decir que en el primer Código Penal ecuatoriano, no existe una noción clara de Administración Pública, ni de Estado, pues solo se hace referencia a las distintas formas de organización del mismo. Otro punto a destacar dentro de este Código Penal y del delito analizado es el verbo rector “extraviar” que forma una idea temprana del deber objetivo de cuidado que debe tener el funcionario público para con los bienes públicos que están a su cargo.

Las sanciones por el cometimiento de este delito son medianamente severas, considerando que el presidio e incluso la pena de muerte estaban vigentes en este Código, con respecto al ser declarado infame, era una suerte de tacha social, con repercusiones propias de quien carece de honor y que era de común aplicación a quien infringía la ley.

2.2 Códigos Penales de 1871, 1889 y 1906

Estos tres Códigos Penales mantienen una similitud casi exacta con respecto al delito materia de análisis, por lo que es conveniente analizarlos en conjunto, el Código Penal de 1871 fue publicado en el Registro Auténtico 1871 de 03 de Noviembre de 1871, el Código Penal de 1889 fue publicado en el Registro Auténtico 1889 de 04 de enero de 1889 y el Código Penal de 1906 fue publicado en el Registro Oficial 61 de 18 de abril de 1906, los mismos que trataban al Peculado de la siguiente forma:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo IV “De los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos”.

Sujeto Pasivo del Delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público.

Acción: Abusar.

Sujeto Activo del delito: a) Todo empleado público y toda persona encargada de un servicio público que abusen de dineros públicos o privados, de efectos públicos que lo representen de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios en su poder en virtud o razón de su cargo

Sanción: a) Reclusión de 3 a 6 años b) Si el abuso no excede la fianza, la mitad de la pena.

Podemos colegir de la lectura, que en estos Códigos Penales se elimina la cuestión de declarar infames y la sanción de obras públicas a quienes cometían el delito de Peculado, y se introduce la reclusión como castigo del cometimiento de la falta, pero de igual manera de forma leve, pues en esta época, el tiempo máximo de reclusión era de 12 años. También cabe destacar el hecho de que si el abuso a los caudales públicos no era de un valor económico considerable, el empleado público podía ser condenado a cumplir solo la mitad de la pena.

2.3 Código Penal de 1938

Este Código Penal fue publicado en el Registro Auténtico 1938 de 22 marzo de 1938 y sus disposiciones sobre Peculado se referían a este de la siguiente manera:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad”.

Sujeto Pasivo del delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público.

Acción: Abusar

Sujeto Activo del delito: a) Los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que abusen de dineros públicos o privados, de efectos públicos que lo representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios en su poder en virtud o razón de su cargo

Sanción: a) Reclusión de 3 a 6 años b) Si el abuso no excede la fianza, la mitad de la pena.

De la misma forma que los anteriores códigos el contenido de la norma no varía, con la salvedad del nombre del capítulo en donde está ubicado, en el cual el legislador de aquella época nos da a entender que la norma pertinente al Peculado se encuentra encasillada como una violación a los deberes de los funcionarios públicos.

2.3.1 Reformas realizadas al Código Penal de 1938

La necesidad de impedir la impunidad y de combatir de mejor manera este delito, hace que el legislador introduzca reformas en el Código Penal de 1938 mismas que son publicadas en el Registro Oficial 1202 de 20 de Agosto de 1960, y dan un tratamiento más severo a este delito lo que se verifica con la lectura del modo de tratar el Peculado en las siguientes líneas:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad”.

En esta reforma al código se hace por primera vez alusión al denominado Peculado bancario, se endurecen las sanciones y se detalla con mayor profundidad quienes cometen Peculado y las sanciones específicas en casos concretos, así como se impone la obligación de los empleados públicos a denunciar el cometimiento de este ilícito, a costa de ser destituido de no hacerlo.

Sujeto Pasivo del Delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público.

Acción: El verbo rector era abusar, pero dentro de este se encontraban según el mismo código, el desfalcar, malversar, disponer arbitrariamente, y otras formas semejantes.

Sujeto Activo del Delito y Sanción Penal: a) Todos los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que abusen de dineros públicos o privados, de efectos públicos que lo representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios en su poder en virtud o razón de su cargo, reclusión de 4 a 8 años; b) empleados que manejen fondos del Banco Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión Social, se les impondrá reclusión de 4 a 8 años; c) fiscalizadores de la Contraloría y los Inspectores de la Superintendencia de Bancos siempre y cuando de sus informes se desprenda complicidad o encubrimiento del delito de peculado, responsables civil y penalmente; d) los funcionarios y empleados públicos o sus agentes encargados de la adquisición o compra de artículos y enseres para la administración, vendedores y proveedores que se prestaren para estas combinaciones ilícitas, de 2 a 4 años de prisión; e) si la infracción se comete en contra de fondos destinados a la Defensa Nacional la pena será de reclusión mayor de 8 a 12 años.

Sanción Administrativa: a) Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público tras sentencia condenatoria. b) Destitución del funcionario o empleado público que teniendo conocimiento del cometimiento del delito de peculado no lo denuncie.

Sanción Civil: El autor, los cómplices y los encubridores serán todos solidariamente responsables por el valor íntegro del dinero desfalcado o materia del abuso, así como de los daños y perjuicios que resultaren del cometimiento del ilícito.

2.3.3 Segunda Reforma del Código Penal de 1938 y Codificación de las leyes penales de 1971

Esta codificación y reforma fueron publicadas en el Registro Oficial 147 de 22 de Enero de 1971 y su forma de tipificar el Peculado fue la siguiente:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad”.

Sujeto Pasivo del delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público.

Acción: El verbo rector es abusar, dentro de este según el mismo código, se encontraban el desfalcar, malversar, disponer arbitrariamente, y cualquier otra forma semejante.

Sujeto Activo del delito y sanción Penal: a) los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que abuse de dineros públicos o privados, de efectos públicos que lo representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios en su poder en virtud o razón de su cargo, de cuatro a ocho años; b) empleados que manejen fondos del Banco Central, el Sistema de crédito de fomento y Comerciales y de las Cajas de Previsión Social, de cuatro a ocho años; c) fiscalizadores de la Contraloría y los Inspectores de la Superintendencia de Bancos siempre y cuando de sus informes se desprenda complicidad o encubrimiento del delito de peculado, penal y pecuniariamente responsables; d) si se tratan de fondos destinados a la Defensa Nacional la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.

Sanción Administrativa: a) Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público tras sentencia condenatoria.

Sanción Civil: a) El autor, los cómplices y los encubridores serán todos solidariamente responsables por el valor íntegro del dinero desfalcado o materia del abuso, así como de los daños y perjuicios que resultaren del cometimiento del ilícito.

2.3.4 Codificación del Código Penal del año 1971 actualizada

El tipo penal Peculado sufre Reformas con las disposiciones publicadas en los Registros Oficiales: 260 de 29 de agosto de 1985, 764 de 22 de agosto de 1995, 190 de 13 de mayo de 1999 y 635 de 07 de agosto de 2002. Cabe indicar que las reformas que ha sufrido el tipo penal de Peculado han sido varias, pero muchas de ellas en aspectos poco relevantes para el estudio, razón por la cual se han tomado las reformas que estuvieron

vigentes hasta la llegada del Código Orgánico Integral Penal, las mismas que están plasmadas de la forma descrita a continuación:

Ubicación y denominación del delito: Capítulo V “De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad”.

Sujeto Pasivo del delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público.

Sujeto Activo del delito, Acción y Sanción Penal: a) Los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de los bancos estatales o privados, funcionarios, administradores, ejecutivos, directorios, vocales o miembros de los organismos administradores del sistema nacional financiero privado, que abusen (desfalco, disposición arbitraria u otra forma similar) de dineros públicos o privados, de efectos públicos que lo representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios en su poder en virtud o razón de su cargo, para beneficio propio o de terceros, serán sancionados con prisión de ocho a doce años, en el caso de que los funcionarios, administradores, ejecutivos, directorios, vocales o miembros de los organismos administradores del sistema nacional financiero privado que concedan créditos vinculados, relacionados o intercompañías serán sancionados con reclusión de cuatro a ocho años; b) los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido en el cometimiento de este ilícito y que hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero será sancionado de cuatro a ocho años de prisión; c) las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado autónomos o semiautónomos, empleados o servidores públicos que en beneficio propio o de un tercero, cuando signifique lucro, utilicen a personas remuneradas por el Estado, que aprovechándose de su condición, se favorezcan o hayan favorecido con la realización de contratos con el Estado, o se hayan beneficiado económicamente o a terceros de estudios, proyectos, etc., serán sancionados de uno a cinco años de prisión y con una multa de noventa a novecientos cincuenta y dos dólares; d) si se tratan de fondos destinados a la Defensa Nacional la pena será de 12 a 16 años.

Sanción Administrativa: a) Incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función pública tras sentencia condenatoria.

3. El delito de Peculado en el Código Orgánico Integral Penal

3.1 Introducción

En Ecuador a partir del año 2014 con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se pretende una nueva visión del Derecho Penal, esto es como en la misma parte del considerando de mentado Código nos manifiesta: “un Código que vaya de la mano de la Constitución de la República y que el principio de mínima intervención penal, sea el rector del mismo”; pero tras un breve análisis podemos darnos cuenta que los tipos penales han aumentado, y que existe un incremento de las

sanciones en general para todos los delitos, y sin lugar a dudas para el Peculado, lo cual nos hace reflexionar si este Código Orgánico Integral Penal, es un gran avance o más bien significa un retroceso en materia penal al menos desde el punto de vista de la Política Criminal, pues lo que el legislador al redactar este Código, nos da a entender, es que mientras mayor sea la sanción para un delito, menos frecuente será el cometimiento del mismo. El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, con una justa analogía con respecto al aumento de las penas nos dice:

A no dudarlo la sociedad actual se encuentra librando una gran batalla contra la criminalidad, que para mí es un gran desafío. La solución en esta dura confrontación es más compleja que buscar un incremento en el monto de las penas, porque si fuera la gran cura social, aquellos países en los que está implantada la pena de muerte no tendrían delitos, delincuentes, ni delincuencia. (Zambrano, 2014, p. 69).

Concretamente hablando sobre el Peculado, es mi apreciación personal que este tipo penal que consta en el Código Orgánico Integral Penal, no hace una distinción fundamental sobre el verdadero delincuente de “cuello blanco” bajo las consideraciones hechas por el reconocido catedrático Zambrano Pasquel:

Para no incurrir en falsas apreciaciones hay que distinguir, al funcionario público que tiene poder político y que es el verdadero delincuente «de cuello blanco», del que reuniendo las condiciones para ser sujeto activo de un delito propio (ej. peculado) carece de poder político, y que es un falso delincuente «de cuello blanco». La verdadera delincuencia «de cuello blanco» es normalmente impune por las motivaciones (supra) ya determinadas, a diferencia de la de otros funcionarios públicos que es perseguida y sancionada. (Zambrano, 2009, p. 220).

En relación a los párrafos anteriores, es de una amplia notoriedad que los servidores públicos que cometen Peculado y poseen una fuerte influencia política o gozan de poder dentro del Estado, pocas veces son sancionados y en realidad estos son quienes causan perjuicio grave e irreparable al Estado. Esto frente a simples servidores públicos que carecen de ese poderío político que les permita quedar impunes y por el contrario ellos sí son sancionados con la pena que les corresponde a los verdaderos delincuentes de “cuello blanco”. De allí la necesidad de realizar un análisis más exhaustivo sobre las formas de sancionar el Peculado pues la sanción debe ser proporcional a la gravedad de la infracción.

3.2 El Peculado en el Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal existen varios artículos que hacen mención al delito de Peculado, pero este se encuentra tipificado en la sección tercera que trata los “Delitos Contra la Eficiencia de la Administración Pública”, lo que de ante mano nos orienta que el funcionario público tiene un deber especial de cuidado con respecto a lo que tiene a su custodia.

En el Código Orgánico Integral Penal, a diferencia de su código predecesor, se encuentran abarcadas todas las acciones que constituyen Peculado en un solo artículo esto es en el 278.

A continuación se realizará un análisis del artículo continuando con el esquema de páginas anteriores con la diferenciación de lo que es el Peculado en general y el Peculado Financiero:

Sujeto Pasivo del delito: Estado y Particulares cuyos dineros hayan sido abusados por un empleado público o un funcionario, administrador, ejecutivo del sistema o empleado de las instituciones del Sistema Financiero Nacional.

Sujeto Activo del delito, Acción y Sanción Penal:

Peculado General: a) 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; y estos en caso de utilizar, 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, o 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 serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Peculado Financiero: a) 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 dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, ejecuten dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; 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 estos causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. b) 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, así como 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, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Sanción Administrativa: a) 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.

Con respecto al tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal, podemos advertir la existencia de dos tipos de Peculado, el cometido por el funcionario público que abusa de los bienes del Estado, ya sea hurtándolos, beneficiándose o permitiendo beneficiarse a un tercero de estos, y el segundo en donde además de hacer mención a funcionarios o servidores públicos que tengan relación con el Sistema Nacional Financiero, también involucran a aquellos funcionarios privados del Sistema Nacional Financiero que en virtud de su cargo puedan llegar a beneficiarse ilícitamente de los fondos de las entidades financieras, lo cual nos lleva nuevamente a pensar que siempre las personas responsables de Peculado lo cometen al no observar o traicionar el deber de cuidado que tenían que cumplir en virtud de su cargo.

En el inciso penúltimo de la disposición copiada textualmente a continuación: “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”, nos podemos dar cuenta que el tipo penal de Peculado se extiende ya no solo a los funcionarios o servidores públicos o privados del Sistema Nacional Financiero, sino que da además a personas naturales que se hayan participado de este, sin tener la calidad que se describe y se necesita para ser responsable de este delito, según el tipo penal, lo cual me parece grave, pues deja de estar dentro de los parámetros establecidos.

Para una mejor comprensión de lo antes escrito y al ser el Peculado un delito especial es necesario recurrir a lo que en doctrina se conoce como el intraneus y el extraneus, el Abogado Eduardo Alcócer Povis nos dice que: “La peculiaridad de los delitos especiales consiste en la existencia de sujetos cualificados, también llamados “intraneus” que son quienes se encuentran dentro del círculo marcado por la ley para poder tener la calidad de autores del delito. Quienes no reúnen esa característica, constituyen los “extraneus” y no pueden ser autores de delitos especiales –como el peculado”. (Povis, 2009, p.101).

Este tema se tratará a detalle en los siguientes capítulos, pero de antemano es necesario tener claro cuál es el bien jurídico protegido en el delito de Peculado, Alberto Donna al referirse a este delito nos dice que: “El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario.” (Donna, 2012, p. 259).

Si partimos de aquello es inconcebible que el extraneus quien no posee las características necesarias para el cometimiento del delito, sea juzgado como autor del mismo. Pese a esto el Código Orgánico Integral Penal e incluso la Constitución mantienen normas de tipo abierta, que permitiría extender la calidad de autor del delito de Peculado a un extraneus.

En este mismo sentido Serrano Piedecabras Fernández y José Ramón Manual manifiestan que: “Desde una perspectiva político criminal parece coherente con el punto de partida: cuando el legislador acude a delitos especiales es porque estima que la misma conducta ejecutada por sujetos que no reúnen las especificaciones típicas no puede tener la misma valoración que cuando es realizada por quien sí las reúne.” (Serrano Piedecabras Fernández y José Ramón Manual, 2003, p.136).

Haciendo alusión a la incapacidad perpetua de ejercer un cargo público al respecto el catedrático Dr. Francisco Muñoz Conde en un “Informe sobre la Dosimetría del Proyecto de Código Penal Ecuatoriano” presentado por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de 12 de julio de 2013 nos dice que: “debe limitarse la duración de la incapacitación, que aquí sí prevé expresamente, y poner un límite temporal máximo de por ejemplo 15 años, pues una pena cualquiera que ésta sea no debe ser nunca impuesta de un modo perpetuo, “de por vida”, sin dejar ningún resquicio a la posibilidad de una rehabilitación del condenado.” (Muñoz, 2013, p. 31).

Es decir que para el Dr. Muñoz Conde la incapacidad no debería ser perpetua sino guardar relación con la pena que se impone y además el hecho de establecerla de por vida, cierra cualquier posibilidad de rehabilitación de quien ha sido condenado por este delito, siendo contrario a lo que dice la Carta Magna de nuestra república pues en su artículo 201, se habla de una rehabilitación integral y una reinserción a la sociedad, así como en su artículo 11 se prohíbe la discriminación de una persona por su pasado judicial, por lo que un tiempo prudencial de inhabilitación sería lo correcto mas no la incapacidad de por vida.

Existen otras disposiciones dentro del Código Orgánico Integral Penal, que hacen referencia al Peculado y que de alguna manera al ser parte de este, merecen ser mencionadas y analizadas, como por ejemplo las contempladas en el artículo 16 y 75, que nos dicen que tanto la acción como la pena, en el delito de Peculado son imprescriptibles.

En el mismo Informe citado anteriormente el Dr. Muñoz Conde se refiere a la imprescriptibilidad de las penas y de la acción manifestándonos que:

Es perfectamente asumible que se consideren imprescriptibles en el art. 5.4 los delitos (y las penas) de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y desaparición forzada de personas, pues todos ellos son de por sí ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales. Sin embargo, respecto a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se prevé también la imprescriptibilidad, lo que parece desproporcionado con la gravedad de las penas establecidas para estas infracciones. (Muñoz, 2013, p. 3).

Sin lugar a dudas en muchos aspectos se le da un tratamiento similar al delito de Peculado con relación a delitos que son más graves como el de genocidio, sin por ello dejar de lado lo preocupante que es la corrupción en nuestro país, pero a la vez haciendo la reflexión correspondiente, pues debe existir proporcionalidad y mucha técnica legislativa al momento de elaborar las leyes, y no debemos permitir caer en una suerte de populismo penal.

Otro artículo de relevancia para nuestro estudio es el 581, que versa sobre las formas de conocer la infracción penal y en su inciso final nos dice que para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de Peculado y Enriquecimiento Ilícito es un presupuesto de procedibilidad la existencia de un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

En un principio hubo confusión al respecto, sobre si también era necesario el informe de Contraloría en los delitos financieros relacionados con las Instituciones del Sistema Nacional Financiero, pero mediante Resolución de la Corte Nacional de Justicia 8, publicada en el Registro Oficial 539 de 9 de julio de 2015, se aclaró que este era requisito de procedibilidad para el Peculado en el sector público más no con el Peculado que tenga relación con el Sistema Nacional Financiero.

Con respecto los informes de supervisión el Dr. Simón Valdivieso nos manifiesta que:

Lo que quiere decir el legislador es que cuando existan hechos presuntamente punibles que dependan del pronunciamiento del órgano de control, la o el Fiscal no puede iniciar la investigación; es una suerte de requisito o presupuesto de procedibilidad del ejercicio de la acción penal.

No compartimos aquello porque eventualmente se puede llevar a la impunidad, si es eso lo que quiso decir el legislador. No hay otra forma de comprender la norma. En otras palabras si un ciudadano conoce de un hecho que revista el carácter de delictivo y cuente con la suficiente información no puede denunciar y si lo hace la o el fiscal debe abstenerse de iniciar la investigación hasta que se le haga llegar el informe. (Valdivieso, 2017, pp. 70-71)

En relación, la norma abre la posibilidad de que cualquier gobierno de turno permita o impida la investigación de los delitos de Peculado y enriquecimiento ilícito, a su antojo y discreción, anulando de alguna manera, la facultad constitucional que tenemos los ciudadanos a realizar veedurías de control y fiscalización de los actos públicos y en si del Estado.

Lo antes dicho resulta aún más cuestionable si hacemos relación al artículo 411 del Código Orgánico Integral Penal, que nos habla de la “Titularidad de la acción pública”, y que parafraseando al Código, entendemos de que si el Fiscal tiene los elementos de convicción suficientes con respecto al cometimiento de una infracción o responsabilidad de una persona procesada hará uso de la acción penal pública, sin embargo podrá abstenerse de la misma, conforme lo que este artículo cuando exista un requisito de procedibilidad, que en el caso del Peculado es el informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, con lo cual en definitiva la Fiscalía queda sin accionar con respecto al ejercicio de la acción penal pública, a pesar de que pudiese existir una fuerte convicción por parte de este órgano de la Función Judicial sobre el cometimiento de este delito.

Otro artículo a tomar en cuenta es el 412, del cuerpo normativo ya referenciado, que trata del “Principio de oportunidad” que en la parte pertinente a nuestro análisis nos dice textualmente: “La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.
2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal...”

Obviamente el delito de Peculado no se enmarca en el segundo supuesto, ni si quiera en el primero pues se trata de una infracción sancionada con una pena privativa de la libertad de ocho a doce años que sin lugar a dudas compromete gravemente el interés público y vulnera intereses del Estado, sin embargo teniendo en cuenta que el actuar de Fiscalía está supeditado al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal de Contraloría General del Estado, cabe la posibilidad que en la práctica, se de una suerte de aplicación del “Principio de Oportunidad” a una infracción que expresamente el Código prohíbe; pues queda a criterio de Contraloría General del Estado emitir dicho informe y de existir una parcialidad o una afinidad a favor del implicado o gobierno de turno, lógicamente esto serviría como ya mencionamos para encubrir actos de corrupción provenientes del poder político dominante.

4. Legislación vigente en el Ecuador sobre el delito de Peculado:

Es muy cierto que en materia de tipificación de delitos y su manejo, el Código Penal de cada país es el pertinente para hacerlo, sin embargo no es anómalo encontrar normas que tienen vinculación con los delitos en otros cuerpos legales, como en el caso ecuatoriano que tenemos normas dispersas en distintos cuerpos normativos que de alguna manera son de relevancia tenerlos en cuenta para una mejor comprensión del presente trabajo, teniendo así los siguientes:

4.1 Constitución de la República del Ecuador

La Carta Magna de nuestro país en el artículo 113 señala que no podrán ser candidatas o candidatos de elección popular entre otros, quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de Peculado.

Sin estar a favor o en contra de la disposición, esto constituiría el fraccionamiento de un derecho constitucional de elegir y ser elegidos, y como de acuerdo al criterio del Dr. Francisco Muñoz Conde de líneas anteriores esto impediría la verdadera rehabilitación de quien cometió el delito.

En el artículo 129 se establece que la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, entre otros por el delito de Peculado.

De alguna manera esta debería ser una disposición sumamente fuerte en lo que respecta al sistema de control de los delitos de cuello blanco, pues en caso del presidente o vicepresidente ser responsables del delito de Peculado se daría paso a que sin duda alguna las personas con más poder político dentro de un país con un modelo híper presidencialista sean juzgados, impidiendo así la impunidad de los poderosos; quizá el problema de esta norma sea la necesidad de tener una buena cantidad de asambleístas independientes o al menos no afines al régimen para que se dé el juicio político, de lo contrario, esta disposición será letra muerta.

En el artículo 233 se indica que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

La Constitución de la República si bien se refiere a los servidores públicos como responsables de sus actos y omisiones, y las distintas instancias a las que llega su responsabilidad, nuevamente encontramos situaciones similares a las del Código Orgánico Integral Penal, pero esta vez con un carácter constitucional, la imprescriptibilidad de la acción y la pena, así como la extensión del tipo penal de Peculado hacia terceros que pese a no cumplir con los requisitos esenciales del tipo, esto es ser servidor o funcionario público serán sancionados por este, lo que significaría otorgarle una calidad de sujeto activo de un delito calificado, sin serlo.

Con respecto al juzgamiento en ausencia podríamos decir que existen dos teorías contrapuestas una a favor y otra en contra, ambas con muy buenas razones y en base a esto se podría justificar de alguna manera la existencia de esta figura, pero a criterio del Dr. Ricardo Vaca Andrade nos indica que en la realidad ecuatoriana esta figura se presta para la persecución política de parte de quien ostenta el poder, para impedir el derecho a la defensa al acusado de este delito muchas veces el acusado ignorando de que se le está siguiendo un juicio, y a que su considerar si la finalidad de esta norma fuese realmente evitar la impunidad de los delitos, no se hubiese establecido solo para estos casos específicos sino también para delitos más graves como el narcotráfico, los homicidios, los asesinatos, etc., y además se hubiesen establecido una serie de parámetros, como por ejemplo la total certeza de la autoría del delito por parte del acusado, para que se pueda llevar a cabo esta figura, y esto obviamente siempre iría de la mano de una función judicial independiente. (Vaca, 2009, p.1)

4.2 Código Orgánico de la Función Judicial:

En el artículo 77 se establece la inhabilidad definitiva para desempeñar un puesto o cargo en la Función Judicial, a quien haya sido condenado por sentencia ejecutoriada a pena privativa de libertad por el delito de Peculado.

Esto como en líneas anteriores ya manifestamos sigue de la mano del hecho de nunca lograr una verdadera rehabilitación del condenado, y la posibilidad de laborar en este caso dentro de la Función Judicial, es imposible a pesar de que cabe la posibilidad que la persona que ya cumplió su condena por Peculado, ocupe cargos modestos en los que

no tenga a su cargo ningún bien del Estado, como por ejemplo el de amanuense. Sin embargo se le cierran las oportunidades laborales desde esta función del Estado.

El Artículo 255 establece que los vocales del Consejo de la Judicatura podrán ser sometidos a juicio político entre otras causas por la comisión de Peculado y enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal. No será necesario enjuiciamiento administrativo, civil o penal para iniciar el juicio político.

Podemos observar que el sujeto activo del delito de Peculado alcanza a funcionarios del Consejo de la Judicatura.

4.3 Código Orgánico Monetario y Financiero

Este código además de insertar reformas en el Código Orgánico Integral penal, incluyendo reformas al delito objeto de estudio, también de alguna manera norma al Peculado, como es el caso de su artículo 399 en donde se indica que las personas que hayan sido condenadas por el delito de Peculado no podrán ser titulares de acciones de entidades del sector financiero privado, y también en su artículo 315 nos expone una prelación de pagos en caso de liquidación forzosa de una entidad del sistema financiero y que en caso de ser modificada, quien lo haya hecho será juzgado bajo lo establecido en el delito de Peculado.

4.4 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta convención fue suscrita por el Ecuador en diciembre de 2003 y ratificada en 2005, en un intento de frenar la corrupción, y como en varias partes de su preámbulo nos pone expone la necesidad de combatir este mal que se ha institucionalizado a nivel mundial, pues estos crímenes generalmente quedan en la impunidad, ya sea porque entre distintos ciudadanos del mundo se asocian para el cometimiento de ilícitos o al trasladarse a un territorio distinto al que se cometió el delito, los autores quedan impunes, afectando gravemente a la economía y al sentimiento de justicia de los pueblos, siendo entre los delitos más habituales de este tipo el Peculado.

A continuación transcribo de manera textual las normas pertinentes al delito de Peculado:

Art. 17.- Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

Art. 22.- Malversación o peculado de bienes en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera de los bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

A manera de una pequeña conclusión podemos entender que en efecto el Peculado ha evolucionado como básicamente el Derecho, conforme a las necesidades de cada momento histórico, en nuestro país me atrevo a decir que en los primeros años de vida republicana ha existido un tratamiento débil y casi insignificante de este delito en nuestra legislación, pero conforme han pasado los años las sanciones se han endurecido. Probablemente porque las formas de cometerlo se han diversificado, lo cual conlleva a un análisis más profundo sobre la manera de entender el Peculado. Quizá la gran falencia en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a este tema, se encuentra en la falta de técnica legislativa y la elaboración de políticas criminales mediocres, pues, todo lo que se ha visto hasta el momento no ha funcionado. Seguramente estos escasos esfuerzos por combatir este mal son el reflejo de un Estado que intenta calmar a su pueblo, dándole lo que quiere (penas más severas para los criminales) y no lo que realmente necesita (mejor control y elaboración de políticas públicas y criminales para evitar el cometimiento de estos delitos); en el mejor de los casos por ignorancia y en el peor escenario por encubrir las fechorías de quienes ostentan el poder.

CAPÍTULO II

TIPO PENAL DE PECULADO

1. Análisis del tipo penal como delito de “Cuello Blanco”

1.1 Orígenes del delito de “cuello blanco”

En el año de 1949 Edwin Sutherland publica una obra de trascendental importancia para el área de la Criminología, denominada “*White Collar Crime*” cuya traducción al español es “El Delito de Cuello Blanco”, esta obra sienta las bases para la comprensión de una serie de delitos denominados en su conjunto como de “cuello blanco” y que a raíz del trabajo de Sutherland llegan a ser visibilizados. Antes de esta obra se solía ver al delincuente como un personaje de estrato socioeconómico bajo, cuyas principales causas para delinquir eran la pobreza y el escaso acceso a la educación. Es en este punto donde su trabajo es culminante pues Edwin Sutherland pone sobre el tapete este tipo de delincuencia y estructura las bases para posteriores estudios sobre el tema, como bien él lo menciona:

Lo significativo del delito de "cuello blanco" es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de "cuello blanco" son frecuentes, se considerará inválida una teoría general que muestre que el delito se debe a la pobreza y a sus patologías relacionadas. (Sutherland, 1949, p.65).

El estudio realizado por Sutherland se centró principalmente en el ámbito empresarial de Estados Unidos, pues analizó las prácticas fraudulentas que tenían estas empresas para incrementar sus ganancias, y el alto grado de impunidad de los responsables en función de su status social, debido a la fuerte influencia que tenían en las más altas esferas del Estado, ya sean de carácter político, judicial u otra. Además concluyó que estos delitos no son propios solamente de las empresas sino que inclusive abarcan otros sectores que gozan también de un prestigio social como médicos, políticos, etc. En base a esto Sutherland define al delincuente de “cuello blanco” como: “una persona de la clase socioeconómica superior que viola las leyes promulgadas para regular su ocupación profesional” (Sutherland, 1949, p.312).

Con respecto a la definición anterior es importante tener en cuenta que el delito de “cuello blanco”, no hace referencia a delitos que pueden ser comunes tanto a personas de estratos socioeconómicos bajos como a personas de un estrato socioeconómico elevado, a modo de ejemplo el Homicidio, sino el delito de “cuello blanco” tiene un trasfondo económico que se lo comete a razón de la ocupación profesional del delincuente y que éste, debido a su estatus logra eludir la justicia con facilidad.

El Sociólogo Fernando Álvarez Uría, en el año de 1999, con relación al libro de Sutherland y a su experiencia propia como profesional de esta rama, decía:

Sutherland entendía ampliamente la forma en que los delincuentes de “cuello blanco” lograban la impunidad, pues su forma de proceder al ser acusados de estos delitos era y es similar a la fecha, en una primera etapa el delincuente se declara inocente y aduce que todos los cargos que se le imputan, son artimañas que buscan desprestigiarlo, obviamente. (Prólogo a Sutherland, Álvarez, 1999, pp. 48-49).

1.2 Nueva concepción del delito de “cuello blanco”

Es importante remitirnos nuevamente a la definición dada por Sutherland sobre delincuente de “cuello blanco”, que él lo define como: “una persona de la clase socioeconómica superior que viola las leyes promulgadas para regular su ocupación profesional” (Sutherland, 1949, p.312). Para darnos cuenta que si bien la esencia es la misma, en la actualidad podríamos añadir a esta definición a las personas que ostentan el poder político, pues si bien antes los delincuentes de “cuello blanco” se valían de estos para lograr su impunidad, la tendencia creciente en los últimos años, es utilizar el poder político para generar beneficios ilícitos propios o a terceras personas, y en base a este mencionado poder político lograr la impunidad, a continuación algunas definiciones de distintos autores:

El Criminólogo estadounidense Gilbert Geis nos dice que: “Los delitos de cuello blanco se consideran delitos llevados a cabo por personas de una posición elevada en el desempeño de iniciativas empresariales, profesionales o políticas.” (Gilbert, 2012, p.8).

Se destaca de esta definición el empleo de las palabras “posición elevada” en contraposición de la definición de Sutherland que manifiesta que el delincuente de “cuello blanco” es una persona de “clase socioeconómica superior”. Geis no toma en cuenta de manera absoluta el nivel socioeconómico del delincuente, pues si una persona de estrato social inferior, tiene por el contrario un estatus de poder muy alto, puede sin lugar a dudas ser un delincuente de “cuello blanco”, por ejemplo aquella persona pobre que llega a convertirse en presidente de un país.

Los sociólogos y criminólogos Albert Reiss y Albert Biderman definen al delito de “cuello blanco” como: “aquellas infracciones de la ley a las que van unidas una serie de penas que implican el uso de una posición de infractor de significativo poder e influencia o la confianza en el orden institucional económico o político legítimo para obtener una ganancia personal u organizativa” (Reiss y Biderman, citado por Gilbert, 2012, p.6).

El catedrático ecuatoriano Luis Cueva Carrión manifiesta que en la actualidad al delito de “cuello blanco” lo entendemos como: “una acción típica, antijurídica, culpable y evitable, que produce grave daño social y es cometido por un alto funcionario público o privado en beneficio propio o de una institución privada.” (Cueva, 2007, p.65).

Esta definición es muy clara y sobre todo permite encajar al Peculado, como un delito de “cuello blanco”, en los términos concebidos en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

1.3 Consecuencias de los delitos de “cuello blanco”

Es importante hacer una breve referencia a las consecuencias de los delitos de “cuello blanco” dentro de los cuales se incluye el Peculado, como ya veremos en páginas posteriores, pues su impacto es percibible en el ámbito económico e incluso llega a trastocar la moral social, produciendo efectos más graves que la delincuencia convencional.

El Abogado y Psicólogo Forense Álvaro Burgos nos dice que:

El costo económico de uno sólo de estos delitos puede ser mayor que el de todos los hurtos y robos que se cometen en un año en un país. En algunos países como Estados Unidos, Canadá, Francia, Italia o la República Federal Alemana, las pérdidas ocasionadas por los fraudes fiscales ascienden a sumas astronómicas, implicando a su vez un fuerte costo social.

Solo en lo que se refiere a la evasión de impuestos, para poner un ejemplo, la pérdida estimada en los Estados Unidos es de 25-40 millardos de dólares y en Francia se estima entre 15 y 23 millardos de francos. Así mismo el costo en la salud humana y en pérdidas directas de la colectividad son considerables.

De esta forma es posible afirmar que el costo social de los delitos de Cuello Blanco, es en proporción mucho más grave que el costo de los delitos convencionales, siendo esta circunstancia claramente establecida a través de los informes de las Naciones Unidas. (Burgos, 2015 p.75).

Para el análisis de los párrafos anteriores es necesario precisar el vínculo que existe entre la palabra corrupción y los delitos de “cuello blanco”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su cuarta acepción, dice que por corrupción debemos entender:” En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.”, por lo cual los delitos de “cuello blanco” encajarían como un subgénero dentro del término corrupción.

Los países citados por el Dr. Burgos, poseen una fortaleza económica importante y además sus índices de corrupción según Transparencia Internacional, “no son alarmantes”, incluso, Canadá y Alemania figuran en la lista de los “10 países menos corruptos del mundo”, es inquietante pensar que otros países cuya corrupción es mayor y su solvencia económica inferior, a consecuencia de la corrupción, llegarán a un colapso social inevitable, pues la pobreza sería un factor alarmante, así como la desigualdad económica entre clases (pobres más pobres, ricos más ricos).

Para Edwin Sutherland las consecuencias realmente graves, no eran las económicas, sino las sociales, como a continuación se explica:

Esta pérdida financiera del delito de "cuello blanco", grande como es, es menos importante que el daño a las relaciones sociales. Los delitos de "cuello blanco" violan la confianza y por lo tanto, crean desconfianza; esto reduce la moral social y produce desorganización social. Muchos de los delitos de "cuello blanco" atacan los principios fundamentales de las instituciones norteamericanas. Los delitos comunes, por otra parte, producen poco efecto en las instituciones sociales o en la desorganización social. (Sutherland, 1949, p.68).

Pese a que Sutherland se refiere a la realidad estadounidense y que ha pasado un buen tiempo desde sus postulados, sus afirmaciones siguen siendo válidas e incluso adaptables a la sociedad ecuatoriana, pues temas como la corrupción y en sí los delitos de "cuello blanco", se han transformado en algo cotidiano y normal en nuestra sociedad, debido a las incontables veces que hemos presenciado estos actos y la impunidad de quienes los cometieron. Sin pretender caer en subjetivismos y vulgaridades, mencionaré una frase coloquial y frecuente en nuestra sociedad: "¡sí robó!, pero por lo menos hizo algo", esto da cuenta de una idiosincrasia muy marcada y que percibe a la corrupción como algo natural dentro de una sociedad, y que reitero se debe a las tantas veces que hemos presenciado actos de corrupción y la falta de eficacia en su control, por parte del Estado.

Este paradigma necesariamente tiene que cambiar, para que las leyes se cumplan, y no se pase por alto ningún acto ilícito, de políticos, empresarios, ni cualquier otra persona que pueda valerse de su situación de poder, para seguir con su ilegal enriquecimiento a costa de los "menos favorecidos", tanto en las esferas públicas como privadas.

1.4 Características de los delitos de "cuello blanco" en relación con el delito de Peculado contemplado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal

Existen características propias de los delitos de "cuello blanco", lo cual los distancia de los delitos comunes e incluso de ciertos delitos financieros, razón por la cual a continuación realizaré un análisis de estas características, cotejándolas con el tipo penal de Peculado, normado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal. Mencionadas características son de autoría del Dr. Álvaro Burgos, quien mediante conclusiones propias y de otros autores, establece las siguientes características:

a) El Sujeto Activo.- Tradicionalmente al sujeto activo de este tipo de delitos se lo ha caracterizado como una persona de alto status económico. Característica trascendental pues gracias a esta, la clase que ostenta el poder económico incurriere en conductas que en la mayoría de los casos se encuentran vinculadas con las clases sociales más pobres.

Debe en este sentido recordarse que se ha admitido al incluir ciertos delitos de corrupción cometidos en la función pública como pertenecientes a este tipo especial de criminalidad, que en dichos casos el poder económico o el status dentro del cual Edwin Sutherland enmarcó su teoría, es sustituido por el poder político. (Burgos, 2014, p.74)

Es esencial la puntualización final del autor con respecto a que el sujeto activo de un delito de “cuello blanco” a más de ser alguien que ostenta el poder económico, también puede ser alguien que este investido de poder político, pues desde este punto de vista podríamos comenzar a esbozar al delito de Peculado tipificado en nuestra legislación, como un delito de “cuello blanco”.

Si nos remitimos a nuestro Código Orgánico Integral Penal tenemos que en su artículo 278 se establece como sujeto activo del Peculado General a: “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” y a los sujetos activos del Peculado Financiero a: “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”. Si bien en ambos casos, al hablar de sujeto de activo se abre un abanico de posibilidades muy amplio pues un funcionario público o privado de cualquier jerarquía, es susceptible de ser sancionado por Peculado, debemos recordar y no distraernos de lo que el catedrático Alfonso Zambrano Pasquel manifiesta:

Es factor impulsor de la criminalidad «de cuello blanco», la llamada «falsa criminalidad de cuello blanco». Estadísticamente se ha de comprobar el gran número de procesos y de detenidos por casos de «falsa delincuencia institucionalizada», en los que se escandaliza con el enjuiciamiento a funcionarios del gobierno de menor jerarquía por actos de corrupción pequeños, frente a la criminalidad organizada desde las altas esferas del gobierno para abusar de los dineros públicos, mediante las formas modales de peculado, desfalco, malversación, etc., estos actos son generalmente impunes. Se crea la «falsa delincuencia de cuello blanco», para distraer la atención y dar una imagen de impermeabilidad gubernativa a la corrupción y al fraude. (Zambrano, 2009, p.218)

Si bien con este trabajo monográfico no se pretende minimizar el Peculado cometido por los funcionarios públicos y privados de menor jerarquía, si existe un especial afán por entender a este delito en su real contexto y afección, pues como ya he manifestado en líneas anteriores, juicios seguidos por Peculado en el país existen en cantidad, sin embargo el problema radica en que a este tipo penal se lo utiliza de manera coercitiva contra opositores del régimen, y también se sanciona a servidores públicos y privados de inferior jerarquía, con el objetivo de transmitir un mensaje de cero tolerancia contra la corrupción, empero los mayores perjuicios que ha sufrido el Estado a consecuencia del Peculado, no son precisamente los que se han sancionado, pues

aquellos personajes investidos de un fuerte poder político, o económico son impunes, bajo cualquier pretexto o modalidad.

b) La comisión del delito dentro de la actividad profesional

La comisión de dicho delito debe de ser llevado a cabo en ocasión del ejercicio de la actividad económica empresarial de la persona, no bastando así con que su autor pertenezca a una clase social elevada, sino que además es necesario que la actividad delictuosa haya sido realizada en razón de la profesión u ocupación que ejerce.

Por ejemplo en el caso de Alemania y Estados Unidos, en la diferenciación de tales delitos se hace referencia por lo general al abuso de confianza en las relaciones económicas, enfatizando más en la forma en que dicho delito es llevado a cabo, que en la pertenencia del infractor a un tipo de clase social determinada.

En virtud de esta caracterización quedan excluidas todas aquellas conductas que si bien son llevadas a cabo por personas de clase alta o de fuerte poder político, pueden ser cometidas por cualquier otra persona, como por ejemplo los delitos contra la vida o los delitos sexuales. (Pp.74-75)

En el Código Orgánico Integral Penal, analizando la figura de Peculado se vislumbra un conjunto de palabras que lo enmarcan dentro de esta característica, conjuntos que son en el caso de Peculado General “en virtud o razón de su cargo” y en el caso de Peculado Financiero “funciones propias de su cargo”. Es en estas dos partes del tipo penal, en donde encontramos que debe existir una relación de funcionalidad entre el sujeto activo y los bienes Públicos para el cometimiento de este delito, es decir el servidor público o privado subsume su conducta en la norma, al abusar de bienes públicos o privados que están bajo su custodia en virtud o en razón de su cargo, es decir comete el delito en ejercicio de su actividad profesional. Pues de lo contrario así el sujeto activo sea un servidor público, o servidor del Sistema Nacional Financiero, que abusa de bienes, pero estos no están a su libre disposición en razón de su cargo o funciones, este no comete Peculado.

El Dr. Antonio Cancino Moreno al referirse sobre este tema nos comenta que:

El peculado, cualquiera sea la clase, solo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas por él, por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia son inseparables e inmodificables. (Cancino citado por Alcocer, 2016, p.12)

De allí la razón de que el Peculado se enmarca en la característica de los delitos de “cuello blanco”: comisión del delito dentro de la actividad profesional.

c) La lesión de la confianza en el tráfico mercantil

Estos delitos deparan al autor beneficios económicos cuantiosos, provocando correlativamente graves perjuicios al sistema financiero de los países donde se cometen. En virtud de esta circunstancia, dicha criminalidad provoca un fuerte impacto en la economía de mercado, ya que deforman los mecanismos legales de fijación de precios, restringen o eliminan la libre competencia y desacreditan y perjudican al mismo sistema, lesionando así la confianza en el tráfico mercantil.

Reiteradamente se ha indicado que el costo económico de uno sólo de estos delitos puede ser mayor que el de todos los hurtos y robos que se cometen en un año en un país. En algunos países como Estados Unidos, Canadá, Francia Italia o la República Federal Alemana, las pérdidas ocasionadas por los fraudes fiscales ascienden a sumas astronómicas, implicando a su vez un fuerte costo social.

De esta forma es posible afirmar que el costo social de los delitos de Cuello Blanco, es en proporción mucho más grave que el costo de los delitos convencionales, siendo esta circunstancia claramente establecida a través de los informes de las Naciones Unidas. (Pp. 75)

Cabe destacar que en nuestra legislación dentro del tipo penal Peculado, podemos diferenciar doctrinariamente el Peculado General cuyo sujeto activo es el servidor público que abusa de dineros públicos en virtud o razón de su cargo y el Peculado Financiero o Bancario, cuyo sujeto activo viene a ser el servidor, funcionario, ejecutivo, o empleado del Sistema Financiero Nacional, que abusa de las funciones propias de su cargo para su beneficio o de un tercero. De lo anterior se puede decir que conforme está establecido el tipo penal. Para el Dr. Luis Cueva Carrión en nuestra legislación lo correcto es hablar de Peculado Financiero en base a lo siguiente:

El peculado financiero es un delito contra el orden económico-social; ataca a la organización y al funcionamiento del sistema financiero; es un delito económico, de cuello blanco, de masa. El peculado bancario es un delito común y no atenta contra el orden económico-social, ni contra el sistema financiero, ni el resultado perjudica a una masa de sujetos.

El mismo autor señala que estos delitos se diferencian por el sujeto activo, pues el Peculado Bancario, generalmente lo comete una persona de un status económico medio o bajo y no es propietario del capital, mientras que el Peculado Financiero lo cometen una pluralidad de personas, o grupos económicos que son dueños del capital o están a cargo de regularlo, generando así un impacto mayor sobre la sociedad y en sí sobre el sistema económico de un país, otra diferencia puntual es la que viene dada por el objeto pues en el Peculado Bancario, solamente se incide sobre el dinero que maneja quien está a su cargo, a la final afectando solo a la entidad bancaria, mientras que en el Peculado Financiero al repercutir sobre el sistema económico, crea alarma social, y perjudica a una gran cantidad de individuos de un país, generando incluso desconfianza de parte de la inversión extranjera. (Cueva, 2007, pp. 108-109-110-11)

En mi opinión y en relación a lo que el Dr. Luis Cueva Carrión manifiesta, concuerdo en cuanto a las puntualizaciones del Peculado Financiero y las diferencias con el Peculado Bancario, empero también pienso que tal como se norma el Peculado en

nuestra legislación, el Peculado Bancario, vendría incluido dentro del Financiero. La relevancia de estas apreciaciones radican, en lo ya mencionado, los “verdaderos delincuentes de cuello blanco”, pues son los altos funcionarios privados o públicos de las entidades del Sistema Financiero Nacional quienes con su actuar doloso pueden llevar a un colapso económico del país, no así el empleado de un banco, cooperativa, o cualquier entidad financiera, quien siendo cajero, se apropia del dinero y comete un ilícito, que no tiene repercusión en la sociedad en general.

En nuestro medio el caso Filanbanco, quizá es el de mayor notoriedad, y aunque su juzgamiento y procedimiento tuvo varias irregularidades, (sobre todo con respecto a las leyes que estaban vigentes al momento del cometimiento del ilícito), en caso de haber constituido Peculado, bajo las normas del actual Código Orgánico Integral Penal, sería una muestra clara del poder político y económico confabulados para perjudicar a la sociedad y beneficiarse de aquello, y sin temor a equivocarme, la grave crisis que causo la quiebra de la entidad financiera y la desconfianza que creo en la población en general, es muestra clara de que el Peculado como un delito de “cuello blanco, pues creó inestabilidad, inflación y especulación dentro del Sistema Financiero.

d) La utilización de la credulidad o ignorancia de la víctima

Dentro de los elementos preponderantes de este tipo de criminalidad se encuentra el uso de la credulidad o ignorancia de la víctima, una especial astucia (apariencia legal del hecho) o afección de vastos sectores de la población, e incluso a países enteros; todo lo cual imposibilita la identificación del autor. (p.76)

Dentro de la tipificación del Peculado en el Código Orgánico Integral Penal, se detallan a una serie de potenciales sujetos activos del delito, así como un sinnúmero de conductas que tratan de abarcar a la mayor cantidad de situaciones y personas posibles. Probablemente el legislador creyó que esta era la manera correcta de combatir la corrupción, pues en este delito y con mención especial a aquellos de gran repercusión social y económica, los autores y partícipes son varios. En este sentido, si al legislador le resulta una tarea compleja determinar los sujetos activos y las modalidades de cometimiento de Peculado, lo será más para el ciudadano común, que se deja convencer mediante cualquier artimaña usada por estos delincuentes, dotando así de una apariencia de honestidad y transparencia a cada uno de sus actos, a esto tendremos que agregar que en muchos casos este delito se consuma dentro de entidades e instancias a las que los ciudadanos no tenemos acceso ni conocimiento.

e) La falta de conciencia común de la trascendencia criminal de la ilicitud de cuello blanco.

Las personas del común no captan la esencia dañina de este tipo especial de delincuente ya que no existe una percepción clara del daño directo que se ejerce sobre ellos.

La delincuencia que comúnmente se ha asociado con la criminalidad de cuello blanco, como lo es tal y como se retomará con posterioridad los delitos cometidos por los funcionarios públicos en ocasión de su cargo, a diferencia del delito ejercido contra el patrimonio convencional, no implican un enfrentamiento directo y frontal con la norma jurídica, ostensible a la generalidad, sino un tipo de maniobra por lo general asociada con las prácticas mercantiles comunes en el mundo de los negocios, que por lo tanto no es percibida con el rechazo y la reprobación de la que sí gozan otro tipo de ilícitos penales como por ejemplo los de índole sexual. (p. 76)

En nuestro Código Orgánico Integral Penal, el Peculado consta dentro de la Sección Tercera que trata sobre los “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, según el Catedrático Edgardo Dona “el bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario” (Dona, p.859, 2000). Desde esa óptica la ciudadanía no necesariamente se identifica con la Administración Pública, ya que la afección no es perceptible de manera directa ni en un corto tiempo. En un medio como el nuestro, la idea de corrupción es ampliamente generalizada e incluso inconscientemente aceptada, tras hacerse público un caso de Peculado nos causa cierto malestar generalizado, pero al no sentir menoscabo de nuestro patrimonio, este malestar se esfuma, salvo breves e infructuosos reproches en un futuro lejano.

f) La imagen de honorabilidad del autor

Este tipo de delincuentes, se distingue de los demás por el elevado concepto que tiene de sí mismo, lo que no es debatido debido a la inexistente discriminación por parte de la opinión pública, la cual si bien no aprueba sus actividades, tampoco les tilda de criminales.

Además el delincuente de cuello blanco no sufre por lo general de una importante pérdida de status entre sus iguales.

La respetabilidad característica de este tipo de criminalidad, obligó a establecer una relación cercana entre poder económico y poder político. En este sentido debe de señalarse que pese al grave daño que como se dijo con anterioridad producen tales delitos dentro del tráfico mercantil y la estabilidad económica de un país, el delincuente de cuello blanco es una persona que no se encuentra estigmatizada por la sociedad, ya que no se le considera un delincuente potencial, no se le segrega, desprecia o desvaloriza por lo que es, existiendo una disparidad entre los delincuentes de cuello blanco y los delincuentes convencionales. (p. 76)

En el Código Orgánico Integral Penal dentro de los sujetos activos tenemos a los servidores públicos, cuyos actos administrativos, conforme nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina en general gozan de la presunción de legitimidad, tal como lo establece el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y el artículo 366 del Código Orgánico de Organización Territorial,

Autonomía y Descentralización, por lo que la legalidad de sus actos tiene un amparo normativo, además de esto se encuentra la discrecionalidad que tienen los funcionarios estatales para la toma de decisiones que de alguna manera le permite ocultar su obrar doloso bajo una apariencia de legalidad. A esto se le suma la legitimidad y la honorabilidad que le inviste a cualquier autoridad o funcionario, que ha sido nombrado en un proceso democrático de elecciones, o dentro de un concurso de méritos y posición, o ha sido designado directamente por una autoridad competente para el ejercicio de funciones. Ante esto no queda más que cuestionarnos que tan realistas son las promesas de campaña, la fiabilidad y transparencia de los concursos de mérito y oposición y si los funcionarios de libre nombramiento y remoción son elegidos por su capacidad e idoneidad para el cargo o simplemente son medios para realizar los fines del poder político y económico.

g) La implementación diferencial de la ley, la sanción y los tribunales.

En la mayoría de los casos al delincuente de cuello blanco le es aplicada una sanción si se quiere privilegiada en comparación con el daño social causado con su actuación y los castigos impuestos por la ley penal a la delincuencia tradicional.

Por otra parte cuando estas conductas son sancionadas por lo general se aplica una medida de tipo pecuniario que en la mayoría de los casos es trasladada al consumidor a través de la regulación de los precios. (p. 76)

El principio de presunción de inocencia siempre operará con mayor fuerza a favor de un poderoso que de un ciudadano común, siempre existirá dudas de su culpabilidad, con pruebas o sin ellas, los factores son varios desde la imagen de honorabilidad del procesado, o incluso las influencias que tiene dentro de los distintos órganos de la Función Judicial. Esto se debe a que básicamente los sujetos activos del Peculado, pueden ser personajes de una categoría muy superior a la de sus juzgadores que en teoría tienen la misma jerarquía, pero que en la práctica ya sea por amistad, presiones políticas y económicas, seden y evitan a toda costa el juzgamiento de estos delincuentes.

A criterio del Dr. Luis Cueva Carrión en la mayoría de los casos los magistrados son escogidos en apariencia por sus conocimientos y por su incorruptible ética, pero la experiencia y la práctica demuestran todo lo contrario pues campea la corrupción, el escándalo y la ignorancia, siendo este un claro síntoma de corrupción. (Cueva, 2008, p.14)

Y en último caso, pese a que funcionario público de jerarquía superior es procesado, la complicidad subsistente de los órganos administradores y auxiliares de la justicia, permiten la fuga del procesado antes de poder ser detenido. Quizá el ejemplo más claro de esto, es el caso del ex Presidente del Banco Central Pedro Delgado, quien fugó del país antes de que le dictaran prisión preventiva, pese a esto en base a la figura de juzgamiento en ausencia contemplado en el artículo 233 de la Constitución, fue condenado por el delito de Peculado en calidad de autor. Aunque en este caso existe sentencia condenatoria para Pedro Delgado, es casi ilusorio pensar que retorne al país para cumplirla y menos que se reintegren los valores abusados al Estado.

h) La imposibilidad de ser explicada mediante las teorías criminológicas tradicionales

Este tipo de criminalidad no es posible explicarla a través de los fenómenos que tradicionalmente fueron vinculados con los delitos convencionales. Así ni la pobreza, ni la falta de educación, la carencia de equipamientos para la utilización del tiempo libre o la inestabilidad emocional, brindarán respuestas adecuadas a este tipo de criminalidad.

Ante esta situación han surgido nuevas argumentaciones para explicar desde el campo de la criminología la formación de este tipo de conducta desviada, destacándose dentro de ellos: la teoría del aprendizaje, conocida ampliamente con la teoría de la asociación diferencial a la que se encontraba vinculado Edwin Sutherland, la teoría de la opción económica, según la cual la teoría de cuello blanco no sería más que otra opción económica, la tesis de la desocialización, la cual centra el objeto de estudio en la falta de integración total y positiva de una persona al grupo social y la teoría del conflicto entre otras. (p.77)

Resulta relativamente fácil, explicar conductas delictivas como el hurto, el robo e incluso el homicidio desde una perspectiva de pobreza y falta de educación, pero en el caso de Peculado, con mención especial al cometido por los altos poderes, sus motivaciones no son de supervivencia o ignorancia, por el contrario sus motivaciones son varias, entre ellas tenemos una que nos explica el Dr. Zambrano Pasquel:

En una sociedad animada por el deseo de crecimiento y expansión económica, aparece y se incrementa la delincuencia «de cuello blanco», constituida por infracciones cometidas exclusivamente por personas de alto nivel socioeconómico, acomodadas y de buena reputación, que abusan del ejercicio de sus actividades inclusive. Cuando se encuentra este grupo social frente a la posibilidad de tener poder, el poder hecho realidad es capitalizado en muchos casos, en procura de llegar a un enriquecimiento que por vías morales y legales es inalcanzable. (Zambrano, p. 215, 2009)

En base a esto podríamos decir que este interés desmedido por acumular riqueza, no tiene origen ni explicación en las teorías criminológicas tradicionales que explican los delitos comunes.

i) La escasa visibilidad del delito y su alta tasa de impunidad

Un carácter muy importante de estos delitos, consiste en la gran dificultad que existe para que sean descubiertos y sancionados, en razón entre otras cosas del poderío económico de quienes lo cometen.

Las causas de este fenómeno son de muy diversa índole, tal y como ha sido resaltado por la criminología moderna, convergiendo primordialmente razones sociológicas, psicológicas, jurídicas y políticas.

Una de estas razones puede ser encontrada en el propio acto delictivo, dentro del que destacan su forma de ejecución, la buena imagen del autor y la psicología de la víctima, circunstancias todas que debilitan la reacción social.

Por última es claro que razones políticas y estructurales coadyuvan a la impunidad de la criminalidad de cuello blanco. Es evidente que el derecho penal no consiste en el instrumento más eficaz para combatir dicha criminalidad, siendo necesaria la instauración de una legislación moderna y adecuada a efectos de lograr un control adecuado de este tipo de delincuencia.

Para lograr tal objetivo es indudable que debe de contarse con una voluntad política tendiente a prevenir y atacar este tipo de comportamientos, dotando a la Administración de la infraestructura necesaria para acabar con este tipo de criminalidad. (p.78)

El Peculado sin duda es un delito que se comete al margen del conocimiento público, lo complicado y lo simple a la vez, es que compete al Estado la adopción de mecanismos idóneos para transparentar las actividades de la Administración Pública y del Sistema Financiero Nacional. Pues el Peculado se comete en esa zona de penumbra, a la cual el ciudadano común no puede acceder y además le es difícil comprender, de allí que se genere una falsa impresión de que el delito se está combatiendo, sin embargo, la impunidad se sustenta en el respaldo político y económico que poseen los verdaderos delincuentes de “cuello blanco”, siendo a razón de esto, infructuoso cualquier esfuerzo por contrarrestar este problema.

Otro factor a tomar en cuenta sobre la escasa de visibilidad de este tipo de delitos, nos comenta Isaac Del Pino es que “el delito de “cuello blanco” es una relación carente de violencia directa, basada en la manipulación y desconocimiento de la víctima de las intenciones reales del sujeto. Incluso en muchas ocasiones se da la despersonalización como en los delitos patrimoniales a una administración” (Del Pino, 2010, p.17).

En el Peculado ocurre básicamente eso, el ciudadano común se desentiende de la Administración Pública y siente como ajeno el perjuicio causado por este ilícito.

j) La volatilización de la cantidad de víctimas

Tal y como se indicó con anterioridad este tipo de delito no significa un enfrentamiento directo y frontal con la norma jurídica que se está violentando, lo cual incide en que este escape de la observación y la reprobación de la generalidad.

También debe en este sentido señalarse el anonimato del autor y la víctima y el deliberado distanciamiento entre ambos, siendo que inclusive en muchos supuestos el autor lo constituye una persona jurídica, ante la cual con mayor dificultad podrán efectuarse los reproches correspondientes.

Por otra parte tenemos que en la mayoría de los casos la víctima es un colectivo anónimo, heterogéneo, que ni siquiera ostenta la conciencia de afectado y que en caso de hacerlo prescindirá de efectuar algún tipo de reclamo atendiendo el alto poderío económico de la persona ante quién se enfrenta y la incredulidad o desconfianza en el sistema de justicia.

En este orden de ideas se ha dicho que estos delitos tienen una escasa carga de emotividad, dando lugar a que no sean denunciados o perseguidos, debido en primer término a que no se produce un choque directo entre autor y víctima, además porque “es un dato comprobado que la reacción social es inversamente proporcional al grado de abstracción de los intereses afectados. El ciudadano más celoso de una pequeña cuota de su patrimonio es insensible a las lesiones más graves del patrimonio público y colectivo. No lo contempla como propio y se desentiende insolidariamente de lo que es común”. (p.79)

Delord-Raynal al hablar de las víctimas, ve al Estado como víctima en los siguientes términos:

(...) el Estado como víctima, el cual es la mayor víctima de todas. Se le agrade desde multitud de fraudes y en ello se encuentra una paradoja pues el propio Estado es quien posee los mejores medios de autoprotección pero no los emplea. Además los delincuentes no se ven como tal al delinquir contra un ente abstracto y opresor como es el Estado en su concepción. Por ello diríamos que es un caso especial por su relación difusa entre delincuente y víctima. (Delord-Raynal citada por Del Pino, 2010, p.17)

Si bien en el caso del Peculado los directamente afectados patrimonialmente somos, no existe una conciencia colectiva de Estado, por lo cual no estamos comprometidos ni enterados de la lucha contra este mal, pues aun no existen los mecanismos eficientes y adecuados para combatir la corrupción de manera adecuada, y peor una decisión política convincente que permita una lucha real contra este delito.

j) Las estructuras anónimas de comunicación

En este sentido debe de resaltarse que los medios de comunicación social contribuyen al estereotipo del delincuente, dando un tratamiento diferencial a las noticias que se refieren a uno y otro tipo de delito.

Así como el estereotipo del delincuente convencional facilita la impunidad del delincuente de Cuello Blanco, hay también un falso delito de Cuello Blanco que es a veces sancionado y tiene visibilidad en los medios de comunicación. El mismo es cometido por funcionarios, profesionales o empresarios de clase media o baja, quienes son víctimas propiciatorias que representan la ilusión de que estos hechos pueden ser perseguidos y sancionados, permitiendo la impunidad del verdadero delincuente de cuello blanco.

Las grandes organizaciones utilizan los medios de comunicación para manipular a la persona común, utilizándolos como vehículos sutiles para conservar la aceptación del público y la buena imagen. Por medio de estos, las

organizaciones hacen énfasis en el delincuente convencional y desatan campañas contra anti delictivas que atraen la atención del público a esta forma de criminalidad sustrayéndola así de este otro tipo de delincuencia. (p. 80)

En los términos que está concebido el Peculado dentro del Código Orgánico Integral Penal, podemos encontrar sujetos activos de este delito de carácter público y sujetos activos de carácter privado. Al hablar del Peculado como un delito de “cuello blanco”, es lógico pensar que tanto el poder político como el económico, tienen a su disposición medios de comunicación, que como tradicionalmente ha ocurrido les permitan forjar la opinión pública, siendo la principal arma de manipulación de las masas que tienen los poderosos para justificar y dotar de una buena apariencia a sus actos ilícitos. Con respecto al papel que juegan los medios de comunicación dentro de este delito el Dr. Antonio García Pablos de Molina expone que:

Pero en el trato de favor de estos delitos influyen considerablemente, también, las denominadas “técnicas de auto justificación” o de “neutralización”. Se trata, en definitiva, de propagandas interesadas que ponen en marcha los “forjadores de la opinión pública”, a través de sofisticadas manipulaciones de la imagen o del lenguaje de los medios de comunicación de masas. Su objetivo final es propiciar la justificación o comprensión del delincuente por la opinión pública, bien explotando su “buena imagen”, bien desviando la atención hacia otras formas de criminalidad más llamativas, bien restando trascendencia, con argumentaciones falaces, al hecho criminal que nos ocupa. No pocas veces conseguirán concientizar al ciudadano, así, de que no se trata de un problema “criminal”, sino de un problema “social” (Pablos, p.553, 1995).

Los medios de comunicación públicos y privados, en aras de una sociedad justa y equitativa, deben ser independientes, lastimosamente es muy difícil que un medio privado este siempre del lado de la verdad, pues siempre dependerá del poder económico privado y responderá a sus intereses. La factibilidad de independencia de los medios públicos es mayor, pero es una ardua tarea, que depende de la sociedad como tal, pues no podemos permitir que los medios de comunicación públicos estén prestos a limpiar la imagen de los delincuentes de “cuello blanco” en el ámbito político.

k) La escasez de estadísticas al respecto

Pese al alto costo social causado existe una gran tasa de cifra negra en este tipo de criminalidad. Entre otras causas debe de señalarse la ausencia de denuncias debido como ya se indicó a la falta de identificación de la víctima con los perjuicios ocasionados por este tipo de criminalidad y al temor de enfrentarla dado el alto poderío económico que ostentan sus infractores.

De esta forma es claro que los obstáculos existentes para la persecución de este tipo especial de delito en la vía penal y la alta tasa de impunidad, aumentan la imposibilidad para que la concurrencia. (p.81)

Según el Índice de Percepción de la Corrupción de 2016 de Transparencia Internacional, Ecuador se encuentra en la posición 120 dentro de un total de 176 países, siendo el puesto número uno el mejor lugar y el 176 el peor, esto da cuentas de que la

percepción de la ciudadanía con respecto a la Administración Pública no es la más favorable, pues la considera corrupta, y obviamente en donde existe corrupción estarán como delitos principales los que se cometen en contra de la Administración Pública, entre ellos el Peculado. Con respecto a estadísticas sobre el Peculado en Ecuador, pese a haber realizado una ardua búsqueda, no se encontraron datos, como si los hay de otros delitos comunes como por ejemplo el Homicidio, con lo que se puede concluir que se carece de datos estadísticos de Peculado en el país, lo que imposibilita tener una certeza del alcance de este delito.

2. Análisis de los elementos constitutivos del tipo penal de Peculado contemplado en el Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

2.1 Elementos del Tipo penal de Peculado

El Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador Doctor Luis Cañar Lojano nos comenta que: “como elementos integrantes de este tipo tenemos: a) La acción que debe ser ejecutada por un empleado público o una persona encargada de un servicio público b) Que por parte del sujeto activo, exista además de un abuso de dinero, efectos, piezas, títulos, documentos. c) Que ese dinero, efectos, piezas, títulos, documentos, hayan estado en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo.” (Cañar, 2016, pp. 10, 11,12).

De igual manera Alfonso Zambrano Pasquel, manifiesta que los elementos constitutivos del tipo penal Peculado son:

Los elementos objetivos del tipo penal son los siguientes:

1) Que el sujeto activo tenga la calidad de empleado público o persona encargada de un servicio; 2) Que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón del cargo; 3) El abuso puede consistir en desfalco, apropiación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. (Zambrano, pp. 252-253, 2014).

El tratadista peruano Branko Yvancovich Vásquez al referirse a los elementos constitutivos del tipo penal de Peculado que consta en el Código Penal de Perú nos dice que son los siguientes:

La autoría del delito de peculado tipificado en el artículo 287, exige como elementos típicos –objetivos y subjetivos- para su consumación del “injusto penal”: a) existencia de un status estatal concretizado en la condición de funcionario o servidor público; b) dicha autoridad genere un comportamiento doloso o culposo al apropiarse o utilizar, bajo diversas formas, para sí o para un tercero de caudales efectos del Estado; c) que entre la “autoridad estatal” y “los caudales y efectos exista indispensablemente un vínculo institucional o funcional que se concrete por razón del cargo debido a su percepción, administración o custodia. (Yvancovich, p. 334, 2013).

De lo anotado podemos concluir que la esencia de la descripción de los tipos penales, es similar, sin embargo la descripción de cada tipo penal dependerá en específico de cada país, pues la intención del legislador y las realidades son distintas. Es así que en el caso ecuatoriano dentro del Peculado General, incluimos el Peculado empero en otras legislaciones como la española el tipo es más específico tal como nos indica el profesor Alberto Dona:

PECULADO.- Artículo 261: "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. "Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública". (Dona, 2000, p. 271)

2.2 Elementos del Tipo penal de Peculado contemplado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

Para una mejor comprensión transcribiré a continuación el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, obtenido de la página Lexis, mismo que se encuentra actualizado con las reformas que ha sufrido este artículo:

“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.

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 o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”

2.2.1 Sujeto Activo

En el primero inciso del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal tenemos en efecto que los responsables por Peculado serán las servidoras o servidores públicos, para lo cual tenemos que acudir al artículo 229 de la Constitución de la República para saber a quienes se consideran servidores públicos, artículo que cito a continuación en su parte pertinente: “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 (...)”. Este artículo fue modificado por el artículo 8 de la Resolución Legislativa No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 653 de 21 de Diciembre del 2015, mismo que deroga el Inciso tercero de esta disposición, en la cual los obreros del sector público estaban sujetos al código de trabajo. Por lo que podríamos concluir que los obreros dejan de registrarse por las normas del Código de Trabajo, y pasan a registrarse por la Ley Orgánica de Servicio Público, lo cual a su vez haría que estén enmarcados en normas mediante las cuales pueden ser sujetos activos de delitos en contra de la Administración Pública, como Cohecho, Concusión, y en el particular caso que nos atañe Peculado. En concreto

podríamos decir que cualquier persona, que tenga el menor vínculo o relación con el Estado es considerada servidor público.

También en este inciso se incluyen las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, a lo cual el Catedrático Jorge Zabala Egas nos dice que:

Tipo de “peculado bancario” que es actualmente el cuarto inciso del artículo 278 COIP y, además, que trae como elemento nuevo la inclusión como sujetos activos a aquellos que, sin ser funcionarios públicos, “actúen en virtud de una potestad estatal en algunas de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República”, esto en de las enumeradas en el artículo 225 CRE y que estén encargados legalmente de los bienes y caudales percibidos, para su administración y custodia. Lo cual no es la misma cualidad de los sujetos activos que enunciaba el anterior artículo 257 CP: “toda persona encargada de un servicio público”. El ejercicio de una potestad estatal se refiere y circunscribe a sujetos que integran como elemento humano órganos administrativos, que son los que tienen atribuidos legalmente la competencia para disponer de los bienes, fondos o caudales públicos o de propiedad privada del público en el caso de las instituciones de intermediación financiera. Es decir, el COIP precisa en forma puntual que le Peculado solo se atribuye a los sujetos que siendo funcionarios públicos o privados o que en virtud o razón del ejercicio de una potestad estatal, tienen atribuida como facultad el poder de disposición sobre tales bienes y efectos públicos o privados según el caso. (Zabala, 2015, p. 81)

En el cuarto inciso del artículo 278, se menciona además que serán responsables por Peculado “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”. Para lo cual debemos remitirnos al artículo 6 del Código Orgánico Monetario y Financiero, pues es esta norma en donde se establece quienes integran el Sistema Financiero Nacional siendo los siguientes: “Integran los sistemas monetario y financiero nacional las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras.” De aquí la importancia, de lo que manifestaba en líneas anteriores Zabala, pues a pesar de no ser sujetos calificados del tipo penal (intraneus), la ley los convierte en sujetos activos, basándose en el hecho de que brindan un servicio público, y que están encargados legalmente de los bienes y caudales percibidos, para su administración y custodia.

Por lo tanto se puede colegir de lo anterior, que la calidad de funcionario público, privado o persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado debe siempre estar acompañado de la facultad de disponer de los bienes públicos o privados (Peculado Financiero), para poder ser sujeto activo de este delito.

2.2.2 Sujeto Pasivo

En nuestro Código Penal, el Peculado se encuentra dentro de la sección que versa sobre “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, por lo cual es lógico pensar que el sujeto pasivo del delito es el Estado, sin embargo y a pesar de que pueda prestarse a confusión existe un caso en particular en donde el sujeto pasivo no es el Estado, sino la entidad privada perteneciente al Sistema Financiero Nacional como nos explica el Dr. Reinaldo Calvachi Cruz:

Si el ilícito es cometido por un funcionario de una institución financiera privada sobre bienes privados, el sujeto pasivo será el particular ya que es el titular del bien jurídico afectado, en este caso, si la sustracción o apoderamiento se comete sobre los bienes de la institución sin afectar la normal actividad de la entidad, entonces, será aquella el sujeto pasivo. En esa situación, como se ve, tampoco se justifica que el tipo legal lo designe como peculado propio, ya que no se cumplen los presupuestos del bien jurídico afectado ni la calidad del sujeto activo, y tampoco se justifica la extensión porque la alarma social es mínima comparada con el caso del peculado propio. (Calvachi, 2000, p. 101)

El hecho de que el Peculado se encuentre dentro de los “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, da cuenta de que el bien jurídicamente protegido es “la eficiencia de la administración pública”, pero conforme lo establece el Dr. Calvachi, en caso de un funcionario de un banco que sustrae dineros, el directamente afectado es el banco, y en nada se trastocaría la eficiencia de la Administración Pública.

El Dr. Alonso Peña Cabrera con respecto a que los bienes estén en poder del servidor público en virtud o en razón de su cargo señala que:

Acreditar la relación funcional entre el funcionario y el objeto material del delito, resulta trascendental en la labor hermenéutica, cuya ausencia determina la atipicidad objetiva de la conducta; es pues la relación funcional, lo que construye la calidad de Garante así como la infracción de los deberes inherentes al cargo.

Se sostiene que lo decisivo es el quebranto de la confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados, supone la ruptura de la relación de fomento, protección y garantía, base esencial de los deberes que asume el funcionario cuando se convierte en Garante de dichos bienes, el cual se manifiesta cuando toma lugar el Peculado por utilización. Una confianza, cuyos contornos de materialidad típica, exigen más que una mera desatención, necesita un verdadero quiebre, propuesto en un contenido de desvalor significativo.

Dicho lo anterior, lo que interesa apreciar es el quebrantamiento de los deberes funcionales, y previamente que el efecto o caudal se le haya confiado al intraneus en razón del cargo, si simplemente el custodio de un bien, le pide a otro servidor, cuya función nada tiene que ver con la de custodiar objetos, que le cuide la máquina, mientras atiende a un particular y, así este último se apropia de aquel será constitutivo de delito de hurto, así también cuando el servidor penetra en la oficina de otro y se lleva el CPU, así como la apropiación de bienes

personales del funcionario; cuando ejerce violencia para desapoderar al funcionario del bien custodiado o percibido, será un delito de Robo. No comete el delito el funcionario que saca el bien que custodia o administra otro funcionario. (Peña, 2008, p. 385).

Federico Puig Peña con referencia a la locución en razón de su cargo nos dice:

“La expresión por razón de sus funciones, debe interpretarse en el sentido de que el funcionario tenga los caudales por disposición de la ley: si los recibe de alguien que voluntariamente se los entrega –aunque lo haga por la confianza que le inspire el cargo- no comete este delito”. (Puig citado por Zambrano, 2014, pag.254).

2.2.3 Verbo Rector

En el Código Orgánico Integral penal tenemos que 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.

Tanto en el anterior Código Penal ecuatoriano como en el actual Código Orgánico Integral Penal, el verbo rector del delito es “abusar”, según la Real Academia de la Lengua Española por abusar debemos entender “Hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien”, y del mismo se intuye un actuar doloso de parte de la persona cuya conducta se adecua al tipo penal.

Así mismo dentro del tipo penal, nos encontramos con una serie de verbos, que al subsumirse una conducta en ellos, derivaría en el cometimiento de Peculado, mismos que a continuación detallo:

a) Apropiar.- El Doctor Fidel Rojas Vargas nos dice que: apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. (Vargas citado por Salinas, 2017, p.5)

b) Distraer.- La jurisprudencia mexicana entiende la acción de distraer de la siguiente manera: “Debe considerarse a un acusado, autor del delito de peculado, si cambia la finalidad jurídica de las sumas confiadas a su cuidado y que están dentro de su esfera material a virtud del empleo que desempeña; pues por "distraer", debe entenderse cambiar la finalidad jurídica del bien confiado. Malversar fondos, defraudarlos.” (Suprema Corte de Justicia de México, p.162, 1957)

c) Disponer arbitrariamente.- el Penalista Daniel Kuri García nos dice que:

La disposición arbitraria consistiría en el uso de los bienes de la institución dentro de los fines de la misma, pero en clara contradicción con la normativa de regulación o parámetros del riesgo permitido (como, por ejemplo, si el IESS

adquiriera ambulancias “a dedo”, con sobreprecio o sin respetar los procedimientos contractuales) (Kuri, 2016, p.1)

d) Utilizar.- La Real Academia de la Lengua Española en sus dos acepciones dice que por utilizar debemos entender: “1. Hacer que algo sirva para un fin; 2. Aprovecharse de algo o de alguien.”. Con relación a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, se cumple con la definición de la Real Academia de la Lengua Española, pues se cumple con un fin particular, abusando de trabajadores remunerados por el Estado, como por ejemplo ordenar a los trabajadores que construyan una casa para el funcionario público, en horas de trabajo o dependencia del Estado.

e) Aprovechar.- La Real Academia de la Lengua Española en su sexta acepción nos da a conocer que por aprovechar debemos entender: “Sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. Se aprovechaba de su posición.” En el sentido en el que está normado en el Código Orgánico Integral Penal, el servidor público puede aprovecharse de estudios, proyectos, informes, resoluciones, etc., que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido. Recayendo no sobre personas sino sobre documentos o información.

Para concluir con este tema, me parece adecuado puntualizar en algo a lo que se refiere el Dr. Jorge Zabala Egas:

No es posible interpretar el tipo rector o materia de la prohibición típica “abusar” atribuyéndole un significado social común para cualquier extralimitación del funcionario en el desempeño de sus funciones, sino que obligadamente se parte del concreto bien jurídico protegido, esto es, del funcionamiento de los servicios públicos que se prestan y recibe cada uno de los ciudadanos por parte de la Administración Pública cuya eficiencia se ve lesionada o afectada como resultado de la conducta del funcionario que, al manejar los fondos públicos, dinero o bienes abuse de tal modo que su conducta se dirija a su apropiación, en beneficio propio o de terceros, obstaculizando, dificultando o impidiendo el financiamiento o menoscabando los recursos con los que el ciudadano recibe los servicios vitales. Es decir, una conducta que implique cometer un abuso que sea adecuado para concluir en perjuicio o menoscabo de los recursos con los que se sostienen los servicios públicos de los habitantes de la sociedad. En el caso del peculado por extensión solo se adecua al tipo si la conducta es de apropiación en menoscabo del patrimonio que tiene bajo su custodia el funcionario en razón de su cargo. (Zabala, 2015, pp. 74-75)

Lo anotado debe entenderse para todas las formas y modalidades de Peculado, pues el menoscabo a la Administración Pública, debe ser relevante y causar un daño profundo a la sociedad, pues de lo contrario caeríamos, en subjetividades, ya que podríamos acusar de Peculado, a cualquier acto realizado por un servidor público o privado pues el abanico de posibilidades para que un funcionario cometa Peculado es muy amplio.

2.2.4 Objeto

Definimos objeto dentro de los elementos típicos de un delito como:

La persona o la cosa sobre la que recae la acción típica y que se descubre por la fijación integrada de los elementos que conforman la figura delictiva concreta. Así, la determinación de la naturaleza pública de los caudales es de suma importancia, pues delimita cuando ellos serán objeto de este delito o, al contrario, de un delito contra el patrimonio. (Nivaldo, p.155, 2009).

Cabe recalcar que en el caso del Peculado Financiero, si bien los dineros son privados, la forma en la que está tipificado este delito en nuestro ordenamiento jurídico, hace que se asimilen los fondos contenidos en las entidades del Sistema Financiero Nacional, como bienes de carácter público, es decir como fondos públicos.

Tradicionalmente dentro del Peculado los objetos han sido los “caudales” y los “efectos” (dinero público y cualquier bien mueble susceptible de apreciación monetaria), pero en nuestra legislación a estos se les añaden los bienes inmuebles, el empleo de trabajadores remunerados por el Estado cuando signifiquen lucro, estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida y fondos, bienes, dineros o efectos privados, lógicamente siempre que estos estén en poder, o puedan disponer de aquellos, en virtud o en razón de su cargo o por funciones propias a la administración de los bienes.

Con respecto a los estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, como objeto de Peculado, es un tanto cuestionable, y en la práctica difícil de probar, además se puede crear un tipo penal específico que trate de mejor manera este tema.

2.2.5 Bien jurídicamente protegido

Para el Profesor Alberto Dona, al referirse en general a los delitos que se cometen en contra de la Administración Pública, contempladas en distintas legislaciones, con respecto al bien jurídicamente protegido concluye:

De acuerdo a la mayoría de las disposiciones existentes se trata de la protección de la regularidad y de la legalidad de la gestión o del ejercicio por parte del funcionario y del interés del Estado en la honestidad y legitimidad de la administración de justicia, así como de la confianza en la integridad del aparato estatal, que se comprende bajo la expresión “prohibición del abuso de poder o del abuso de funciones” (Dona, p.31, 2008).

Lógicamente el Peculado es un delito que se comete en contra de la Administración Pública, concretamente en nuestra legislación consta como un delito contra “la eficiencia de la administración pública”.

Para el Jurisconsulto brasileño Waldo Fazzio Júnior, con relación a la eficiencia opina “el buen andamiento quiere decir eficiencia, en el sentido de buscar el interés público dispuesto en la ley. Patrimonio público es, en el caso, el erario, cuya integridad debe ser preservada, puesto que es de interés y propiedad de la colectividad”; (Fazzio Citado por Brunoni, pp. 86, 87, 2009)

Así es considerada también, la eficiencia en la realidad ecuatoriana, pues esta permitirá que la administración cumpla con sus distintos fines, el menoscabo de este principio desembocará en una Administración Pública poco útil para los administrados, es decir un quebranto en sus derechos, y en el caso del Peculado el daño que causa a esta eficiencia es notorio, ya que los bienes, trabajadores, documentos, etc., están siendo abusados por quienes se supone están obligados a facilitar una administración idónea de los bienes que pertenecen a la ciudadanía y por ende tienen que ir en beneficio de todos.

El Dr. Antonio Cancino, tiene similar opinión sobre el bien jurídico protegido en el delito de Peculado pues nos comenta que: “Con el comportamiento tipificado como peculado se lesiona o se pone en peligro la administración pública que en principio se ha considerado como la actividad funcional del Estado y de los restantes entes públicos.” (Cancino citado por Calvachi, 2000, p. 99).

El Doctor Alfonso Zambrano Pasquel con respecto al bien jurídico protegido en el caso ecuatoriano se refiere en los siguientes términos:

El bien jurídico protegido, está constituido por la fe pública es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado el funcionario o servidor público. Sin duda se sanciona la falta de probidad o fidelidad del funcionario o encargado de un servicio público que abusa de su función, bien en provecho propio o de un tercero, el mismo que se traduce en un perjuicio para el Estado que le confió la función o administración. Es por ello que el delito de peculado ha sido ubicado en la doctrina como un delito contra la administración pública de la que se abusa por parte de la persona en quien el Estado ha depositado su fe o confianza. (Zambrano, 2014, pp. 251-252,)

El fallecido Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil Nelson Hungria, discrepa con que el bien jurídico protegido sea solo la eficiencia de la Administración Pública, pues al respecto manifiesta:

(...) el peculado es incriminado separadamente de la apropiación indebida común, para más severo tratamiento penal, no solamente porque sea una violación del deber funcional, sino también, sustancialmente, porque lesa el interés patrimonial del Estado. Con la apropiación o malversación del dinero, valor u otro bien mueble perteneciente al Estado o bajo la guardia de éste es que se realiza la violación del deber funcional. Una y otra son como cuerpo y alma, como esmeralda y color verde, como amargo y amargor. Sin esos dos elementos, que se conjugan inseparablemente, no puede haber o *summatum opus* do peculado [consumación del peculado]” (Hungria citado por Brunoni, 2009, p. 86,).

Es un punto de vista desde mi perspectiva válido, pero con algunas falencias pues no en todos los casos existirá lesión al patrimonio del Estado, pues en el caso de que un servidor público separe de la esfera de custodia de la Administración Pública dinero, y que lo restituya meses después, en sí no ha generado un daño patrimonial, sin embargo, si existe una traición a la confianza depositada por la Administración Pública en él.

Lo que sí es importante tener presente es que el Peculado puede ser en determinados casos pluriofensivo, lesionado tanto la eficiencia de la Administración Pública así como su patrimonio, y es en estos casos en donde se debe dar una especial atención, pues en la gran mayoría de casos, el peculador termina por un corto periodo de tiempo en prisión, huido, o absuelto por jueces corruptos y los bienes sustraídos casi nunca son restituidos a las arcas del Estado, con la puntualización que de esto se exceptúan los falsos delincuentes de “cuello blanco”.

2.2.6 Dolo

En nuestra legislación solo se encuentra tipificada la conducta dolosa para el delito de Peculado, dejando de lado al Peculado Culposos. El Dr. Manuel Abanto Vásquez se refiere al dolo en el delito de Peculado en los siguientes términos:

Con relación al aspecto subjetivo del delito, la modalidad dolosa del peculado, está determinada, por el conocimiento del sujeto activo en el carácter de bien público y de la relación funcional, así como de la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. (Abanto citado por Reátegui, 2012, p.1089)

CAPÍTULO III

EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

1. El sujeto activo

Es necesario dar una breve conceptualización de lo que entendemos por sujeto activo del delito, al respecto el Abogado Enrique Mac Iver al hacer alusión al tema nos dice que:

Todo delito tiene que ser, necesariamente cometido por alguien, que es el agente productor del hecho sancionado por la ley, el cual se denomina el sujeto activo; teniéndose por éste en la actualidad a la persona humana, por ser el exclusivo ser capaz de realizar acciones, dirigidas a determinadas finalidades de acuerdo con su voluntad consiente. (Mac citado por Cañar, 2001, p. 293).

De lo anterior podemos decir que sujeto activo de un delito es aquella persona que adecua su conducta al tipo penal. A esto se debe sumar lo expuesto en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, el cual menciona: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.” De lo mencionado, tenemos que anotar que según el Catedrático ecuatoriano Pablo Encalada, las causas de inimputabilidad son: “la inmadurez psicológica, y la enajenación mental” (Encalada, 2015, p.91). Y por conocimiento de la antijuridicidad debemos entenderlo en palabras del Dr. Giovanni Criollo Mayorga como:

Conocimiento por parte del sujeto de que su conducta contraviene una prohibición legal que, trasladado a la esfera del profano, se reduciría al conocimiento de la antijuridicidad material del hecho. En otras palabras, el objeto del conocimiento radica en que el autor de la infracción penal conozca no solamente que su conducta está en contra del ordenamiento jurídico sino que además, según Bacigalupo, conozca también cual es la sanción impuesta a esa conducta, de manera que se pueda analizar adicionalmente la capacidad de motivación del infractor en la norma penal. (Criollo, 2011, p.1)

Como conclusión podemos decir que el sujeto activo del delito es aquella persona que adecua su conducta a un tipo penal, es imputable del mismo y posee conocimiento pleno de la antijuridicidad de su acto.

2. El sujeto activo en los delitos especiales: El intraneus y el extraneus

Para una adecuada comprensión es indispensable un correcto entendimiento de lo que concebimos por delitos especiales, ante lo cual, el profesor alemán Johannes Nagler los define como: “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho” (Nagler citado por Gómez, 2003, p. 22). Ante esto podemos colegir que los delitos especiales, surgen

como respuesta de parte del Derecho Penal, o concretamente del legislador, para impedir o castigar con mayor severidad determinados actos de parte de las personas en relación a una condición especial que esta puede poseer; por ejemplo el delito de prevaricato que atañe exclusivamente a los jueces o el cohecho que solo es penalmente relevante cuando el sujeto activo es un funcionario público. Diferenciándose así de los delitos comunes, en donde cualquier persona puede ser sujeto activo de los mismos.

Dentro de los delitos especiales surge una sub clasificación, misma que es ampliamente aceptada por la doctrina en general, la misma que indica que los delitos especiales se dividen en propios e impropios, en relación a esto el catedrático Juan Carlos Ferré Olivé, manifiesta:

Los delitos especiales propios se distinguen porque la calidad especial exigida al sujeto por el precepto penal es determinante o esencial para la existencia del delito. Estos delitos no poseen correspondencia alguna con un delito común, esto es, con un comportamiento idéntico realizado a título de autor por una persona que no cuenta con la calidad especial requerida. En consecuencia, faltando en el autor la calidad exigida, el hecho será atípico, beneficiando de tal forma a autores y partícipes.

Los delitos especiales impropios se caracterizan porque la calidad especial solo atenúa o agrava la pena del autor, existiendo una correspondencia fáctica con un delito común, que es el que cometería el autor en el supuesto de no poseer la calidad personal exigida. (Ferré, 2001, pp. 1015-1016).

De lo dicho se desprende que los delitos especiales poseen una particular característica, mediante la cual reduce a un círculo exclusivo los posibles autores de determinados delitos, siendo en el caso de un delito especial propio, uno que no es equiparable con ningún delito común; y en el caso de delito especial impropio, uno que tiene su símil entre los delitos comunes pero en virtud de la especial atención que ha dado el legislador a un grupo específico de personas, esta conducta es castigada con mayor severidad.

2.1 El intraneus y el extraneus

Para referirnos al intraneus y extraneus es necesario remitirnos nuevamente al sujeto activo, pues estos son categorías derivadas del mismo. En este sentido la Doctora Paz de la Cuesta menciona lo siguiente:

El concepto de sujeto activo es un concepto dogmático que sirve para englobar las características que debe reunir la persona que realiza la acción típica. Por lo general, dicha acción puede ser realizada por cualquier persona —y entonces el Código Penal suele referirse al sujeto activo mediante la fórmula "el que...". Pero en otras ocasiones, el tipo exige una serie de características específicas de forma que sólo quien las reúna puede ser sujeto activo del delito. (de la Cuesta Aguado, 1998, p. 109).

Básicamente la Dra. Cuesta se refiere a los delitos comunes y a los delitos especiales por ejemplo en el delito de Robo, el tipo penal manifiesta: “la persona que (...)”, lo que nos hace comprender que cualquier persona, y solo con el hecho de serlo, puede cometer este delito. En contra posición de este podríamos mencionar el Peculado donde la norma expresamente plantea como posibles causantes del delito a: “las y los servidores públicos”, lo que se traduce en que solo las personas que posean la calidad de servidor público podrán cometer el delito de Peculado. Es a partir de estas puntualizaciones que surge la distinción del intraneus y el extraneus, siendo el intraneus el sujeto capaz de cometer el delito especial debido a que cumple el requisito legal para ser sujeto activo de este y el extraneus la persona que no posee la calidad exigida por la ley para ser considerado sujeto activo de un delito especial pero que sin embargo, participa de alguna manera en la comisión del delito, al respecto el Dr. David Colomer Bea nos indica:

Los delitos especiales son aquellos que se caracterizan por restringir el círculo de posibles autores a los sujetos que reúnen determinadas condiciones o cualidades requeridas por la ley. En estos delitos, el extraneus –aquel que no presenta las condiciones exigidas por el tipo– solo puede intervenir en ellos, en principio, a título de partícipe, como inductor, cooperador necesario o cómplice. (Colomer, 2016, p1).

2.2 Participación del extraneus en los delitos especiales

Al respecto existen varias teorías, sobre la participación del extraneus en delitos especiales, tanto teorías que respaldan al extraneus como autor de delitos especiales, como otras que le dan simplemente un grado de participación distinto al de autor a este, y finalmente las que sostienen que el extraneus bajo ninguna circunstancia debe responder por la participación en un delito especial, sino que serán responsables por los delitos comunes análogos a los especiales.

De lo anotado se puede entender que la participación del extraneus en los delitos especiales pueden ser de dos tipos: la primera del extraneus que participa en un delito especial propio y la segunda del extraneus como partícipe de un delito especial impropio para lo cual acudiremos a los criterios doctrinarios de distintos autores a continuación citados:

El maestro Eugenio Zaffaroni al referirse a los delitos especiales y a los autores de este lo hace en los siguientes términos:

Los delicta propria son los delitos de autor calificado, que suelen también llamarse delitos especiales (por oposición a los delitos generales o delicta communia, que pueden ser cometidos por cualquiera), y que se subdividen en delitos especiales propios (cuando la calidad es requerida en el tipo básico) e impropios (cuando es requerida para un tipo calificado). En los casos de delitos especiales o delicta propria, no habrá posibilidad alguna de penar al determinador [autor intelectual] como autor, cuando no presente las características que requiere el autor típico, por más que las presente el

determinado [autor material]. Como tampoco puede considerarse una instigación [Instigador es el que dolosamente determina a otro, en forma directa, a la comisión de un delito], porque ésta es una forma de participación que, como tal, es accesoria de un injusto, para algunos no resta frente a tales supuestos otra solución que reconocer su impunidad, a la luz de la materia de prohibición de los tipos en particular.

(...) Del mismo modo, tampoco puede ser autor de un delito especial o propio quien no reúne los requisitos típicos del autor. En tanto que el intraneus es el único que puede ser autor, el extraneus solo puede ser cómplice. Esto será válido tanto cuando la calidad del intraneus se requiera en el tipo básico o en el calificado, esto es, tanto cuando se trate de un delito especial propio como de uno impropio. (Zaffaroni, 2002, pp. 788-789)

Zaffaroni, se refiere a los delitos especiales propios e impropios en los mismos términos, pues concluye que el extraneus jamás podrá ser considerado como autor de un delito propio, e incluso hace referencia a que cierto sector de la doctrina, apostaría por la impunidad de los extraneus que intervienen en el cometimiento de estos delitos, sin embargo, manifiesta que al extraneus si bien no se le puede imputar un delito en el grado de autor, la cuestión de la impunidad queda resuelta al otorgar la calidad de cómplice al extraneus en los delitos especiales.

Por su parte el profesor Alberto Donna se refiere al tema en la siguiente forma:

Los delitos especiales en sentido estricto, o propios, son aquéllos en los cuales el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico “específico” es el caso de los delitos de funcionarios públicos. Autor sólo puede ser el funcionario, de modo que el extraneus únicamente responde dentro de los límites del autor. El prevaricato es aún más limitado, porque sólo lo puede realizar el juez, tal como lo dispone el art. 269 del Cód. Penal. El art. 271 también sanciona al abogado. Con respecto a los no funcionarios que participan en el hecho delictivo, rigen las siguientes reglas: a) la autoría del extraneus es imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público, y b) la participación del extraneus es posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley. (Donna, 1995, pp. 85-86).

El profesor Donna, nombra a los delitos especiales propios como delitos especiales en estricto sentido y a los especiales impropios como delitos especiales en amplio sentido, y llega a similar conclusión que Zaffaroni, pues no admite la posibilidad de un extraneus como autor de un delito especial sino que manifiesta que el extraneus responderá solo dentro de los límites del autor, y de no existir intraneus sencillamente desaparecería la responsabilidad del extraneus. Y de igual manera alega que el extraneus podría ser cómplice de este tipo de delitos. De la misma manera Donna con respecto a los delitos especiales impropios opina: “... Si se tratara de un delito especial en sentido amplio -un delito impropio de un funcionario público, por ser una cualidad

agravante de la pena el extraño sólo será penado de acuerdo con el delito base sobre el cual se construye el respectivo tipo especial en sentido amplio” (Donna, 2002, p. 105).

De lo anotado se entiende que el extraneus en el caso de los delitos especiales propios será juzgado por su grado de participación, precisamente por ayudar a materializar el delito especial propio, y que su sanción será la misma que la del intraneus, sin embargo puntualiza Donna, que la pena debe ser atenuada, lo cual es lógico, pues de aplicarse la misma sanción que al intraneus, básicamente se le pondría al mismo nivel de este (autor del delito), lo cual sería injusto, pues el extraneus, es tal, justamente por no cumplir con las características especiales exigidas por el tipo, consecuentemente la atenuación de la pena sería lo correcto. En lo referente a los delitos especiales impropios, Donna manifiesta que el extraneus será juzgado por su participación en delito base, de lo cual se entiende que por ejemplo en el caso del delito de Peculado, el extraneus no será juzgado como participe de este delito, sino del delito base o análogo que vendría a ser el Hurto.

El catedrático español Dr. Francisco Muñoz Conde nos comenta acerca de los problemas de la participación en los delitos especiales y se refiere tanto a los propios como los impropios en los siguientes términos:

En los delitos especiales impropios, es decir, en aquéllos en los que existe una correspondencia con uno común (malversación de caudales públicos: apropiación indebida o hurto), se plantea el problema de si la imputación de responsabilidad debe ser, para aquéllos que tienen las cualidades requeridas en el delito especial (intranei: por ejemplo, en el delito de malversación, el funcionario público) por el delito especial y, para aquéllos que carecen de ellas (extranei: por ejemplo, en el caso de la malversación, el particular que se apodera de bienes públicos de una oficina —un ordenador—, con el consentimiento del funcionario), la del delito común (hurto), independientemente de la contribución material concreta de cada uno de ellos a la realización del hecho (simple consentimiento del funcionario; apoderamiento del ordenador por parte del particular). Con ello se convertirían los delitos especiales en delitos consistentes en la infracción de un deber, siendo irrelevante para la calificación de autoría la contribución objetiva del intraneus. Sin embargo, no hay ninguna razón para no aplicar aquí las reglas generales de la participación. Si el autor es el intraneus, el delito cometido será el especial (malversación) y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, el particular responde como partícipe en el delito especial, aunque no tenga las cualidades exigidas en el mismo. Por el contrario, si el verdadero autor es el extraneus, el delito cometido será uno común (apropiación, hurto, etc.) y los partícipes responderán por el delito común, cualquiera que sea su cualidad personal. Tan sólo en los casos de coautoría entre un intraneus y un extraneus cabe la posibilidad de que cada uno responda por separado del delito del que cada cual es autor. En la actualidad estos problemas se plantean casi exclusivamente con relación a los delitos contra la Administración pública cometidos por autoridad o funcionario público, donde la mayoría de las veces el propio legislador los ha resuelto expresamente. Así, por ejemplo, en el caso de la malversación al que nos hemos venido refiriendo el art. 432 castiga a la

autoridad o funcionario público que «sustrajere o consintiere que un tercero... sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (en el mismo sentido, cfr. los arts. 414, 601). También se ha resuelto expresamente la intervención del particular en la comisión de estos delitos. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho se castiga como delito autónomo la conducta del particular que soborna al funcionario (art. 424). Pero en los casos no previstos legalmente son de aplicación las reglas generales antes expuestas: el funcionario, si no es autor, responderá de la conducta realizada por el particular, y lo mismo rige a la inversa.

En los delitos especiales propios (por ejemplo, la prevaricación judicial prevista en el art. 446) el particular sólo puede responder, en todo caso, como partícipe del delito especial (la amante del juez le induce a dictar una sentencia injusta), pues no existe un delito común que se corresponda con el especial. Sin embargo, tras la reforma por LO 15/2003, de 25 de noviembre, el art. 65,3 Cp, siguiendo una línea jurisprudencial ya previamente establecida, autoriza a los tribunales para imponer en estos casos al inductor o al cooperador necesario la pena inferior en grado. En cualquier caso, las particularidades de muchos de estos tipos delictivos desafían todo intento de resolver estos problemas con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a la regulación de los delitos en la Parte Especial. (Muñoz, 2010, pp. 447 – 448).

El Dr. Muñoz Conde nos plantea un panorama un poco más claro y amplio pues expone que debe admitirse la participación del extraneus en los delitos especiales impropios, en el actuar doloso del intraneus y no como propone otro sector de la doctrina, es decir juzgar el intraneus por el delito calificado y al extraneus por el delito análogo común. En este mismo sentido indica que si el verdadero autor del delito es el extraneus, los partícipes del delito serán juzgados, bajo el delito común, sin importar su calificación personal, es decir independientemente de que si sea un extraneus o un intraneus. La única forma para Muñoz Conde de que un extraneus sea juzgado por un delito común y el intraneus por un delito especial impropio en un mismo supuesto ilícito, es cuando existe coautoría.

Con respecto a los delitos especiales propios manifiesta que sancionar la participación del extraneus es posible, pero en ningún caso su autoría, y que la pena por su participación debe necesariamente ser reducida, justamente por no cumplir con las características esenciales del tipo. Su conclusión con respecto a estos delitos, me parece acertada pues dentro de los delitos especiales existen demasiadas particularidades, que las Teorías Generales del Delito, no toman en cuenta y consiguientemente, convierten a los delitos especiales en un campo oscuro y difícil de tratar. Es mi personal apreciación que la elaboración de los tipos penales y la forma de sancionarlos debería ser responsabilidad de los legisladores y políticos con adaptación a la realidad propia de cada país, quienes ayudados por las luces de la doctrina, formen una concepción adecuada para combatir estos delitos, de la mejor manera, pues lo que generalmente ocurre es la adopción de tipos penales ajenos a las realidades de los países, y que fracasan pues estas normas fueron concebidas para una sociedad completamente distinta.

El Jurista alemán Claus Roxin, introduce una nueva variable a los delitos especiales, pues los cataloga como “delitos de infracción de deber”, en un sentido más amplio y hace su comentario al respecto en la siguiente forma:

En los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". Así p.ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (§§ 331 ss.), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el § 203, en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término "el que") el tipo de la gestión desleal (§ 266), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio.

Se distingue además entre delitos especiales (o delitos de infracción de deber) propios e impropios. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena; p.ej., la prevaricación sólo es posible por parte de las personas indicadas en el § 336. Por el contrario, en los delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena. Así p.ej. las lesiones causadas en el ejercicio del cargo (§ 340) están construidas sobre el delito común de lesiones (§ 223); por tanto, la cualidad de funcionario en el ejercicio de su cargo opera ciertamente en el § 340 fundamentando la autoría, pero en relación con el tipo de lesiones sólo agravando la pena.

La importancia práctica de los delitos especiales radica sobre todo en el campo de la delimitación entre autoría y participación, así como en las repercusiones que según el § 28 tienen los "elementos personales especiales" sobre el marco penal. Y en caso de suposición errónea de las posiciones de deber que fundamentan la autoría también se producen peculiaridades en la teoría de la tentativa. (Roxin, 1997, pp. 337 – 338)

El profesor Roxin, al hacer énfasis en la posición de deber extrapenal, que tendrían los sujetos activos de los delitos especiales, cambia la concepción de los anteriores autores mencionados, pues menciona que en estos delitos no cuentan el dominio del hecho, sino simplemente que exista un quebranto de los deberes impuestos al sujeto calificado, pues si en un delito especial el dominio del hecho lo tiene el extraneus, la autoría del mismo le correspondería al intraneus, pues al permitirlo, infringió el deber que este tenía en relación a la posición de garante o custodio del bien jurídico.

El catedrático Juan Carlos Ferré Olivé concordante a lo mencionado, comenta la postura de Roxin de la siguiente manera: Para ROXIN existirían grandes diferencias entre los delitos de dominio y los consistentes en la infracción de un deber, dada su distinta estructura típica. En los delitos de dominio (Herrschaftsdelikte), se aplica el dominio del hecho para determinar la autoría.

Por el contrario, en los delitos consistentes en la infracción de un deber solo actúa típicamente quien lesiona el deber extrapenal, “sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo”. El que produce un resultado infringiendo el deber es autor, sea cual sea su contribución al delito, tenga o no dominio del hecho. Mientras que aquel que no infringe el deber nunca puede ser autor, ni siquiera cuando tiene el dominio del hecho. Partícipe es quien toma parte en el hecho de otro, sin infringir el deber. (Ferré, 2001, p.1022)

En similar postura que Roxin, el Jurista Günter Jakobs opina:

“... Los así llamados delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas. Los delitos de deber son especiales. Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión” (Jakobs citado por Cueva, 2006, pp. 204 – 205).

Esta posición es radical en cuanto a la autoría de los delitos especiales y deviene de la concepción de la teoría Funcionalista del Derecho, y en mi apreciación personal tiene mucho sentido y lógica, sin embargo, en la praxis se vuelve completamente caótico y complejo, pues la sociedad al menos la ecuatoriana, aún no está lista para la adopción de estas nuevas teorías.

El Dr. David Colomer Bea, tiene una posición un tanto distinta a las anteriores, pues menciona la posibilidad de un extraneus como sujeto activo de un delito especial, sus conclusiones las realiza mediante una disposición que pertenece al vigente Código Penal de España, el cual en su artículo 31 indica que: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”; a esta disposición doctrinariamente se la conoce como “cláusula de actuación en lugar de otro” y plantea que para que esto suceda debe concurrir las siguiente características:

Son, por tanto, tres los requisitos que han de concurrir para que opere la cláusula del art. 31 CP: a) la comisión de un delito especial, ya que en el caso de delitos comunes la conducta del agente queda directamente subsumida en el tipo correspondiente, aun cuando el sujeto haya realizado su acción en nombre o representación de otro¹³; b) la existencia de un extraneus que actúe como administrador o en nombre o representación de otra persona física o jurídica que reúna “las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo”, y c) la realización por parte del extraneus de “una conducta que, de concurrir la cualidad personal exigida por el tipo, constituiría delito”. (Colomer, 2016, pp. 2-3)

De este mismo texto se desprende, que la aplicación de esta cláusula, tiene una estrecha relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, y su empleo es

reservado únicamente para los casos de los delitos especiales propios, como una medida de aplacar la impunidad, en determinados delitos como por ejemplo una persona jurídica que funge como intraneus y el extraneus, se aprovecha de esta condición para ser impune. Sin embargo en líneas siguientes el Dr. Colomer propone la ampliación de esta cláusula a los delitos especiales impropios en base al criterio de que: la cláusula de actuación en lugar de otro también resulta aplicable en el caso de los delitos especiales impropios, basándose en que la finalidad de dicha cláusula no consiste exclusivamente en colmar lagunas de punibilidad, sino también en reajustar la calificación del hecho.” (Toledo citado por Colomer, 2016, p.5). Concluye Colomer con el afán de justificar su posición que “La clave para configurar adecuadamente la cláusula de actuación en lugar de otro pasa, a mi juicio, por poner el foco de atención en la accesibilidad a la lesión del bien jurídico protegido, que es el criterio que toma en consideración el legislador para restringir el círculo de posibles sujetos activos en los delitos especiales”. (p.15) sin embargo Colomer sugiere atenuar la pena al extraneus autor de un delito especial, por el hecho de no concurrir los elementos específicos del tipo en este.

Si bien razones y justificaciones tiene el Dr. David Colomer para sostener su hipótesis, la mención de su postura en este trabajo, se basó en que dentro de los supuestos mentados por él, la figura de Peculado encajaba, no obstante, a mi criterio, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido principal en este delito, es la confianza o credibilidad que deposita el Estado en el funcionario o servidor público, hace imposible que el extraneus pueda vulnerar el mismo, haciéndolo incompatible con la posición del Dr. Colomer.

De todo lo expuesto podríamos decir que las posturas de los distintos Maestros citados, se enmarcarían en tres teorías: la teoría de la unidad del título de imputación, la teoría de la ruptura del título de imputación, y la teoría de infracción del deber.

A decir de las dos primeras el Dr. Percy García Caveró menciona que:

La teoría de la unidad del título de imputación considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, y que la teoría de la ruptura del título de imputación sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común. De su mismo texto se entiende que el la principal crítica a la primera teoría, es que de adoptarse esta postura, la consecuencia sería convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico. Y la crítica a la segunda teoría vendría dada por vacíos de punibilidad en los casos en los que la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente. (García, 2009, p. 116)

En alusión a la tercera postura en los términos ya establecidos en líneas anteriores por los profesores Jakobs y Roxin, el Dr. **Javier Sánchez Vera** anticipa que: “La crítica más común a esta teoría de la infracción de los deberes es que son muy abstractos y moralizadores y por lo tanto serían difícilmente punibles.” (Sánchez, 2016, p.1).

En conclusión a mi criterio la teoría más adecuada para resolver estos conflictos es la de “unidad del título de la imputación”, en los términos abordados anteriormente por el Dr. Muñoz Conde, pues le otorga un tratamiento diferenciado en la imposición de la pena al extraneus, justamente por no ser sujeto calificado del delito e impide la impunidad en el caso de participación de en un delito especial propio.

3. El Peculado en el Código Orgánico Integral Penal como delito especial

En base a todo el análisis anterior, podemos concluir que el Peculado forma parte de los delitos especiales, pues el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica el Peculado, es concordante con lo dicho por Nagler que entiende a estos como: “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho” (Nagler citado por Gómez, 2003, p. 22). En el sentido que el mencionado artículo en su parte pertinente indica: “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal (...)”, mediante el cual es obvia la intención del legislador de enfatizar de manera restrictiva a los sujetos activos de Peculado, diferenciándolo así de los delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquier persona.

Toda vez que hemos determinado que el Peculado es un delito especial, incumbe analizar si el mismo, corresponde a un delito especial propio o un delito especial impropio, para el catedrático ecuatoriano Jorge Zavala Egas, sin lugar a dudas plantea a este delito como uno especial impropio pues indica lo siguiente:

El peculado es un *delito especial impropio* de infracción al deber “toda vez que guarda una relación con los delitos de dominio de hurto o apropiación ilícita, según sea el caso, delitos que se vuelven relevantes, por ejemplo, si se mantiene una línea dogmática de la ruptura de imputación (el funcionario público responderá como autor del delito de peculado y el particular o también un funcionario público sin competencia, por un delito común)” (Zabala, 2015, p. 66).

El Profesor Alfonso Zambrano Pasquel, de similar forma entiende al Peculado como un delito especial impropio, pese a que expresamente no lo dice, sin embargo, se entiende que así es, de lo mencionado por él, cuando se refiere a la intervención del extraneus en el delito de Peculado:

Cunado interviene un particular en este tipo de delito que es de *mano propia* o de *sujeto activo calificado*, el particular incurre en una suerte de hurto de dineros públicos que no le han sido consignados. En lo personal hemos mantenido y mantenemos el criterio de que no puede darse la figura o el tipo penal del Peculado, si no hay participación de un funcionario público, que en ejercicio de cargo abuse de los dineros públicos. Si el particular se apropia de dineros públicos, sin la participación de un funcionario público, cometerá un delito contra la propiedad como el hurto, robo, estafa o apropiación indebida. La conducta del particular no es impune, sino que debe ser adecuada correctamente al tipo penal sancionador (Zambrano, 2014, p. 248).

En mi opinión la forma como está concebido el Peculado en el Código Orgánico Integral Penal, abre la posibilidad de ser un delito especial propio e impropio, dependiendo la parte del articulado a la que nos refiramos; por ejemplo, en el primer inciso del artículo 278 se habla de: "...Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, (...) en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien ...", de lo que se entiende que existe un abuso o una apropiación por parte del intraneus, y lo análogo a esto sería el delito de Hurto, por lo cual entenderíamos al Peculado como un delito especial impropio. No obstante en el tercer inciso de este mismo artículo, nos encontramos con: "... 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...", en este caso no existe un delito análogo por el que pueda ser imputado el extraneus y en consecuencia el Peculado sería un delito especial propio.

4. El intraneus y el extraneus en el delito de Peculado en el Ecuador

En líneas anteriores llegué a la conclusión de que la postura del Dr. Francisco Muñoz Conde con respecto a la forma de sancionar al extraneus dentro de los delitos especiales, es la adecuada, pues respeta la forma en que el legislador ha considerado a los delitos especiales, e impide la impunidad cuando existe la participación de un extraneus. Sin embargo en el caso ecuatoriano, concretamente en el delito de Peculado, existe por parte del legislador una exagerada e incluso abusiva forma de tratar este tipo penal, pues al redactar este delito y normas complementarias que tienen relación con este, ha dotado de una incertidumbre, ya que ha creado confusión en el aparato de justicia sobre el alcance del tipo, permitiendo además la aplicación a conveniencia de sus disposiciones, y en un exagerado afán por sindicar a personas de Peculado, ha sancionado a justos e injustos, confundiendo muchas veces al extraneus con el intraneus, eso sí, siempre dando un trato diferenciado a quienes poseen poder político y económico, lo que nos hace concluir que en apariencia la severidad de la tipificación del Peculado, es una lucha contra la corrupción, que lastimosamente campea en nuestra sociedad, pero en el fondo, es infructuosa, pues día tras día se evidencian nuevos casos de corrupción, y en donde reitero la impunidad del poderoso sigue siendo la regla.

4.1 El intraneus en el delito de Peculado en el Ecuador

Partamos que en principio a los intraneus del Peculado en la normativa ecuatoriana, los encontramos en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, en su inciso primero: "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..."; para un completo análisis y entendimiento del tema, es necesario remitirnos al artículo 229 de la Constitución que entiende a los servidores

públicos como cualquier persona que tenga un vínculo con el Estado, pues nos dice que: “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...”, a esto debemos sumar lo indicado en el artículo 225 de la Norma Suprema, que nos indica, que el sector público está comprendido por: “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

A manera de ejemplificar, dentro de las entidades que constan dentro del 225 de la Constitución tenemos los Ministerios (educación, salud, defensa), la Asamblea Nacional, Notarías, Consejo Nacional Electoral, Superintendencias, Contraloría General del Estado, GAD Regionales, Servicio de Rentas Internas, Banco Central del Ecuador, Corporación Financiera Nacional, Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos, Orquesta Sinfónica Nacional, ETAPA, entre muchas otras y lógicamente las personas vinculadas a estas serán servidores públicos.

En el mismo artículo pero en el inciso cuarto, el Código Orgánico Integral Penal, introduce otros sujetos activos del delito de Peculado de la siguiente manera: “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...” esta parte de la disposición hace alusión en concreto a lo que en doctrina se conoce como Peculado Financiero, incluyendo nuevamente a los servidores públicos en los términos antes mencionado, y a funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados, miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia del Sistema Financiero Nacional. Para comprender que abarca el Sistema Nacional Financiero debemos remitirnos a los artículos 160, 161 y 162 del Código Orgánico Monetario y Financiero que respectivamente nos dicen: “El sistema financiero nacional está integrado por el sector financiero público, el sector financiero privado y el sector financiero popular y solidario; El sector financiero público está compuesto por: 1. Bancos; y, 2. Corporaciones; El sector financiero privado está compuesto por las siguientes entidades: 1. Bancos múltiples y bancos especializados: a) Banco múltiple es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en dos o más segmentos de crédito; y, b) Banco especializado es la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en un segmento de crédito y que en los demás segmentos sus operaciones no superen los umbrales determinados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. 2. De servicios financieros: almacenes generales de depósito, casas de cambio y corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas; y, 3. De servicios auxiliares del sistema financiero, tales como: software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos en el ámbito de su competencia.”

De lo anotado podemos determinar que el sector financiero es basto, y sobre todo el financiero privado, y consecuentemente dentro de estos se puede producir Peculado, en los términos en los que dispone el Código Orgánico Integral Penal, y demás normativa conexas.

Una vez que hemos dilucidado, los sujetos activos del Peculado, al analizar a este como un tipo que abarca conductas dolosas, tanto de servidores públicos, como de servidores, funcionarios, empleados, ejecutivos, etc., privados del Sistema Nacional Financiero, es mi apreciación que comienza a existir un conflicto en torno a la interpretación o alcance de las disposiciones del Peculado, pues recordemos cuando se analizaba el bien jurídico tutelado de este delito, que al respecto el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel decía:

El bien jurídico protegido, está constituido por la fe pública es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado el funcionario o servidor público. Sin duda se sanciona la falta de probidad o fidelidad del funcionario o encargado de un servicio público que abusa de su función, bien en provecho propio o de un tercero, el mismo que se traduce en un perjuicio para el Estado que le confió la función o administración. Es por ello que el delito de peculado ha sido ubicado en la doctrina como un delito contra la administración pública de la que se abusa por parte de la persona en quien el Estado ha depositado su fe o confianza. (Zambrano, 2014, pp. 251-252,)

De primera mano entenderíamos que el cuarto inciso del artículo 278, protegería el mismo bien jurídico que el primero. Pues se supone que la esencia en sí del Peculado constituye el proteger la confianza depositada a los servidores públicos, e inclusive esta infracción se encuentra tipificada dentro de los “delitos contra la administración pública”, por lo que es razonable pensar, que en ambos casos los sujetos activos pongan en riesgo o afecten el mismo bien jurídicamente tutelado. Sin embargo el problema es que el bien jurídico en el primer caso es la fe pública entendiéndose a esta como la confianza que tiene el Estado en el servidor público, y sus consecuencias serían el detrimento o menoscabo de los dineros públicos. No obstante, en el segundo caso, tal confianza por parte del Estado no se ha otorgado a los servidores, funcionarios, etc. privados pertenecientes al Sistema Nacional Financiero. Pues ese vínculo viene dado únicamente por relación de funcionalidad que existe con el servidor público. Al respecto el investigador y docente ecuatoriano Dr. Stalin Raza en su libro titulado “El peculado bancario en la crisis financiera de 1998”, hace un análisis del origen del Peculado Bancario o Financiero en nuestro ordenamiento jurídico de la siguiente manera:

Resulta indispensable mencionar que el «Peculado Bancario» de acuerdo a la particular configuración de la legislación ecuatoriana en esta materia, encuentra sus orígenes en el delito de «Peculado», como una infracción que atenta contra el bien jurídico PATRIMONIO DEL ESTADO o PATRIMONIO PÚBLICO del cual ha asimilado el nombre y nace del error de equiparar la protección de dicho bien jurídico con aquella del bien jurídico PATRIMONIO DEL PÚBLICO

DEPOSITANTE. Al respecto cabe mencionar que esta errada asimilación se produce por la similitud semántica, que no conceptual entre los términos FONDOS PÚBLICOS y FONDOS DEL PÚBLICO (Raza, 2008, p. 45).

Si partimos de esto podemos determinar que El Peculado Bancario o Financiero, nace o tiene su origen en nuestra legislación en base a un delito (Peculado), cuya esencia es la protección de los bienes públicos de quienes por mandato legal y en virtud de su condición de servidor público pueden abusar de estos, cosa distinta sería si el origen de la tipificación de este delito (Peculado Financiero) hubiese sido como corresponde fruto del concepto de los delitos económicos. Para Rafael Miranda Gallino por delitos económicos debemos entender:

Conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas, y que, como consecuencia, ocasionan daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño”. (Miranda citado por Ramos, 2013, p.9)

Desde este punto de vista es más factible penar y dar un tratamiento el delito de Peculado Financiero, pues seguiría siendo un delito especial, pero más específico, teniendo en claro que la afección al bien jurídico tutelado, viene dada en ocasión del perjuicio económico que causa este delito, y la confianza del público depositada en estos y no desde el quebrantamiento de la confianza del Estado.

El Dr. Reinaldo Calvachi en similar sentido se refiere a las normas sobre el Peculado contempladas en el anterior Código Penal ecuatoriano, que en lo esencial del análisis mantiene similitudes con el Código Orgánico Integral Penal, de la siguiente manera:

La extensión general del delito de peculado que con templa el Código Penal puede provenir del hecho de que se confunde aquella manifestación de fe pública con la confianza depositada por la sociedad en las instituciones financieras privadas. Las dos no son sinónimas ni pueden asimilarse, ya que si ello se hace, se desvirtúa la funcionalidad y objetivos del estado con las del ámbito privado. (Calvachi, 2000, p. 99)

De similar manera el catedrático Ernesto Albán al referirse el Peculado Bancario nos dice:

Estas modalidades no pueden considerarse como delitos contra la administración pública, sino como delitos financieros. Y no solo por la distinta calidad de los sujetos activos, sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado: el orden económico; pero además por las características especiales que tiene en este caso el abuso cometido (Albán, 2016, p.48).

Podemos concluir de lo expuesto que el Peculado contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, se divide principalmente en dos partes, esto es, la que se refiere al Peculado General, que con puntualizaciones que haremos en el siguiente capítulo del

presente trabajo sobre Proporcionalidad y Dosimetría Penal, no revestiría mayor problema, y la parte que atañe al Peculado Financiero, el cual por las razones expuestas debería ser un tipo penal autónomo, ubicado dentro de la sección correspondiente a los “Delitos económicos” o a los “Delitos contra el sistema financiero”, según corresponda el caso pues las disposiciones comprendidas dentro de esta, hacen que pueda enmarcarse en estas dos secciones dependiendo el caso en concreto.

4.2 El extraneus en el delito de Peculado en el Ecuador

En el Código Orgánico Integral Penal encontramos en los incisos sexto y séptimo, disposiciones que atañen al extraneus las cuales dicen:

“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.”

Con respecto al primer inciso podemos notar que se trata de lo que en doctrina se considera una “ley penal en blanco”, pues al decir la norma “violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones”, debemos entender que nos remite a normas distintas a las contempladas del Código Orgánico Integral Penal, siendo las pertinentes las del Código Orgánico Monetario Y Financiero que en los artículos 216 y 217, complementan esta disposición de la siguiente manera:

“Art. 216.- Personas vinculadas. Se considerarán personas vinculadas a la propiedad o administración de la entidad financiera pública o privada, las siguientes:

1. Las personas naturales o jurídicas que posean, directa o indirectamente, el menor valor de entre los siguientes literales: a. El 1% o más del capital suscrito y pagado de la entidad financiera; o, b. Capital suscrito y pagado de la entidad financiera por un monto mayor o igual a cien fracciones básicas exentas del impuesto a la renta.
2. Las personas con propiedad patrimonial con influencia de una entidad subsidiaria o afiliada perteneciente a un grupo financiero;
3. Las personas jurídicas en las cuales los administradores o funcionarios que aprueban operaciones de crédito de una entidad financiera posean directa o indirectamente más del 3% del capital de dichas sociedades;

4. Los cónyuges, los convivientes o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y los parientes hasta el primer grado de afinidad de los accionistas que sean personas con propiedad patrimonial con influencia y de los administradores de una entidad financiera;
5. Los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad y los parientes del segundo grado de afinidad de los accionistas con más del 12% del paquete accionario y de los administradores de una entidad financiera;
6. Los cónyuges, los convivientes o los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los funcionarios de una entidad financiera que aprueban operaciones de crédito; y,
7. Las personas jurídicas en las que los cónyuges, los convivientes, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de los administradores o de los funcionarios que aprueban operaciones de crédito de una entidad financiera, posean acciones por un 3% o más del capital de dichas sociedades.

Para las entidades del sector financiero popular y solidario, solo existirá vinculación en los numerales 3 y 7 del presente artículo, y en las operaciones que superen los cupos de crédito establecidos en este Código y en la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Art. 217.- Personas vinculadas por presunción. Son personas vinculadas por presunción, en las entidades del sistema financiero nacional, las siguientes:

1. Las que hayan recibido créditos en condiciones preferenciales por plazos, tasas de interés, falta de caución o desproporcionadas respecto del patrimonio del deudor o de su capacidad de pago; 2. Las que hayan recibido créditos no garantizados adecuadamente, sin antecedentes o domiciliados en el extranjero y sin información disponible sobre ellos; 3. Las que hayan recibido créditos por reciprocidad con otra entidad financiera; 4. Las que tengan tratamientos preferenciales en operaciones pasivas; y, 5. Las que se declaren presuntivas, con arreglo a las normas de carácter general dictadas por los organismos de control.”

De los incisos transcritos del Código Orgánico Integral Penal, entendemos que responsables de Peculado son tanto las personas que obtengan (extraneus) y concedan (intraneus) créditos vinculados, dejando de lado el sujeto activo calificado y poniendo a personas ajenas al tipo penal como autores del mismo, pues eso se puede concluir de las disposiciones mentadas del Código Orgánico Monetario y Financiero pues las personas descritas en esto artículos, no poseen ninguna de las calidades descritas por el cuarto inciso del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, subsidiario a esto se encuentra que los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este delito, y la persona que preste su nombre serán sancionados con la misma pena. Si tenemos en cuenta que la sanción o pena varía conforme o en función del grado de participación en el delito, al establecer la misma sanción a todos los intervinientes, indistintamente de ser

intraneus o extraneus, la conclusión lógica es que la autoría del delito se extiende para ambos en este caso puntual. Lo cual es errado conforme concluimos en la parte que respecta a los delitos especiales en general.

Otra disposición preocupante, la encontramos en el artículo 233 de la Constitución de la República que indica: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”. Esta norma constitucional busca dotar de un carácter supra legal, a los delitos que mayor daño causan al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo la parte que nos ocupa de esta disposición es: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”, pues en primer lugar existe duda si se refieren a todas las disposiciones contenidas dentro de este artículo, o solo las que hacen mención a la imprescriptibilidad y los juzgamientos en ausencia. A demás la norma constitucional se refiere a “a quienes participen en estos delitos”, sin advertir, si lo hace en el sentido de todos los “intervinientes en el cometimiento del delito” o si solamente a quienes lo hagan en un grado de participación distinta a la del autor del delito.

La duda aumenta si nos remitimos al artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal que habla de la participación en los siguientes términos: “Las personas participan en la infracción como autores o cómplices...”, quizá el análisis realizado trate de exagerar el alcance de ciertas disposiciones, no obstante la intención no es criticar la norma con un insensato afán, pero sí de hacer énfasis de que salvo honrosas excepciones el sistema judicial ecuatoriano no atraviesa por su mejor momento, por lo que la norma al no ser clara, puede derivar en un injusto penal en contra del extraneus, pues la posibilidad de tergiversar el espíritu de la norma es amplio, y constituye una amenaza en contra de diversos principios como los de Tipicidad, Legalidad, Proporcionalidad, entre otros, tal como lo manifiesta el Dr. Raza:

De otra parte, no debe perderse de vista que en no pocas ocasiones los operadores de justicia son utilizados como instrumentos de rencillas personales, políticas o como medios para eliminar la competencia económica y que al servicio de tan deleznable fines, figuras penales como el Peculado en General o el Peculado Bancario estudiado a lo largo del presente trabajo, pueden convertirse en verdaderos dogales sobre las vidas de las víctimas de la judicialización de la política o del sicariato judicial, habida cuenta de que estas infracciones son imprescriptibles, que pueden juzgarse en ausencia y que además

inhabilitan completamente el ejercicio de cualquier función o cargo público, de por vida. (Raza, 2008, pp. 104 – 105).

De lo expuesto podemos concluir, que no existe certeza en el ordenamiento nacional sobre la calidad que tendría el extraneus al momento intervenir en el delito de Peculado, pues queda la duda, de que incluso puede ser juzgado como autor de este delito, pues conforme analizamos el Código Orgánico Integral Penal y la Constitución de la República eso se entendería. Discrepo totalmente con estas disposiciones pues conforme analizamos en la parte que hacía referencia a los delitos especiales, sería un verdadero injusto para el extraneus, que no presenta las cualidades necesarias para ser autor de un delito especial, responder por este.

5. Análisis de caso práctico y la indebida aplicación del tipo penal Peculado en la justicia ecuatoriana.

El caso a analizar y los hechos producidos ocurren bajo las disposiciones del Código Penal, es decir antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, los preceptos normativos son analizados por los sujetos procesales y por el juez, a la luz de estos dos códigos, pues si bien el cometimiento del delito fue anterior a la fecha de publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico Penal, la audiencia de juzgamiento se lleva a cabo el 14 de abril de 2016, con el Código Orgánico Integral Penal, ya en vigencia plena. Es meritorio decir que las falencias en las que incurren los juzgadores, Fiscalía y Contraloría General del Estado son comunes o dables bajo la legislación penal derogada o la vigente.

El caso en mención posee sentencia de primera y segunda instancia, y actualmente se encuentra en conocimiento de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Transito de la Corte Nacional de Justicia en Quito, debido al recurso de Casación propuesto por los procesados.

Análisis de la sentencia dictada en primera instancia

Tribunal que dictó la sentencia: Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago.

Fecha de la sentencia analizada: 28 de abril de 2016

Infracción: Peculado, tipificado en el inciso primero del Código Penal.

Número de expediente: 14241-2011-0081

Partes Procesales: En calidad de ofendido el Gobierno Municipal de Tiwintza de la provincia de Morona Santiago, por tratarse de un delito de acción pública Fiscalía, y por el tipo de delito se cuenta con Contraloría General del Estado, y Procuraduría General del Estado.

Los procesados son Unup Saant Efrén, Shakay Cacepa Byron Ademar y Chuji Uwijint Nelson Alex.

Descripción de los hechos relevantes al juicio: Los hechos fácticos del presente caso, suceden en torno a tres personas que laboraban para el Gobierno Municipal de

Tiwintza, los mismos son Byron Ademar Shacay Cacepa, quien era Jefe de Contabilidad, Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía, y Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad de Desarrollo Sustentable.

El señor Byron Ademar Shacay Cacepa, era hombre de confianza del Alcalde de Tiwintza, de la Tesorera y del Director Financiero de mencionado municipio, a tal punto de que estos firmaban cheques en blanco y los dejaban a su cargo por la estrecha relación existente.

La razón de firmar cheques en blanco obedece a que los autorizados para girar los mismos, esto es el Alcalde, Tesorería y Director Financiero, por asuntos propios de sus funciones se ausentaban constantemente y en aras de un correcto funcionamiento de la municipalidad e impedir retardo en los pagos de empleados y proveedores, se manejaban de la manera expuesta.

En virtud de esto Byron Shacay, entrega seis cheques a Efrén Unup Saant, por un valor total de \$ 26.000,00 y a Alex Chuji un cheque, por el valor de 1.500,00. Sin embargo en el asiento contable del Municipio asoman como beneficiarios de esos cheques personas distintas a las referidas, por diferentes conceptos que se entendían como pago a proveedores. Esto lo corrobora el Banco Nacional de Fomento a petición de la municipalidad, pues en efecto, quienes cobraron los cheques fueron Efrén Unup Saant y Alex Chuji.

En base a esto el Sr. Alcalde de Tiwintza y el Procurado Síndico, presentan la denuncia correspondiente en fecha 3 de diciembre de 2008 ante la Fiscalía de Morona Santiago y a su vez, Fiscalía solicita una auditoría por parte de Contraloría General del Estado sobre la contabilidad del municipio, a lo que responden con un Informe de Indicios de Responsabilidad Penal por el delito de Peculado.

Anexo a estos hechos se realiza una auditoria externa al municipio, por orden de Fiscalía y se recaban las versiones del Alcalde, el Director Financiero y otros, lo que para Fiscalía constituirían elementos de convicción suficientes para que se dé inicio a un proceso penal en contra de los tres procesados, como no puede ser de otra manera con la venia del Juez de Garantías Penales

Como otro hecho relevante podríamos mencionar que Nelson Alex Chuji Uwijint, es sobrino del Alcalde, y que él habría pedido un préstamo a su tío por la cantidad de \$ 1.500,00 dólares, y según su testimonio, esta cantidad se le habría entregado con el beneplácito del Alcalde.

En la Audiencia de Formulación de Cargos, Fiscalía formula los formula e inicia la instrucción fiscal en contra de los sindicados por el delito de Peculado.

En la Audiencia Preparatoria de Juicio y Formulación de Dictamen, Fiscalía emite dictamen acusatorio en calidad de autores, en contra de Shakay Cacepa Byron Ademar y Unup Saant Efrén y respecto al procesado Chuji Uwijint Nelson Alex, dictamen acusatorio en calidad de encubridor.

Audiencia de Juzgamiento Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago

Pruebas de los ofendidos:

Prueba Documental:

a) Nombramiento del profesor Pedro Anduasha Uvijindia Yanua, como Alcalde del cantón Tiwintza, y , la acción de personal de Víctor Hugo Sanga Morocho, Procurador Síndico Municipal; adjunto a estos memorandos referidos a las irregularidades en los cobros de cheques, intercambiados entre Alcalde, Director Administrativo Financiero, y la Tesorera del Gobierno Municipal de Tiwintza

b) Acta del informe técnico del Reconocimiento del Lugar de los Hechos, realizado en el edificio del Gobierno Municipal del cantón Tiwintza. (Simple descripción del lugar de los hechos).

c) El informe de peritaje practicado en la diligencia de la Revisión de Asientos Contables del Gobierno Municipal del Cantón Tiwintza, diligencia practicada por los peritos Patricio Paredes P. y Lic. Aparicio Sanmartín. Conclusiones del Informe: **1)** Que de los cheques cobrados en forma irregular no existieron documentos de soporte en todos los casos; **2)** Para cometer estos ilícitos previamente debieron existir cheques girados en blanco; **3)** La contabilidad y las partidas presupuestarias fueron adulteradas por los montos y valores de los cheques que fueron cobrados por los señores Alex Chuji Y Efrén Unup; **4)** El contador general no mantiene la secuencia lógica y cronológica de los cheques girados de acuerdo a lo que exige la ley; **5)** El control previo de las transacciones realizadas por el gobierno municipal deben ser ejecutadas por el contador general de acuerdo a lo que establece las normas técnicas de contabilidad, por lo que el contador general del Gobierno Municipal del cantón Tiwintza debió tener conocimiento pleno de lo efectuado en el informe detallado.

Existió un perjuicio económico al Gobierno Municipal del cantón Tiwintza por el monto de \$27500.00

d) Copias certificadas por los funcionarios del Banco Nacional de Fomento, de los siete cheques que presentan irregularidades; seis cobrados por Efrén Unup Saant y uno por Alex Chuji Uwijint.

e) Documentos de filiación de los tres procesados.

f) Consultas de estados de cuenta de ahorros extraído del Sistema de servicios Bancarios Modulo Plataforma, de las siguientes personas Puar Vilma Kankua Kayuk, Byron Ademar Shacay Cacepa, Unup Saant Efrén y Nelson Alex Chuji Uwijint, en donde se puede constatar las trasferencias realizadas, así mismo cada una de las trasferencias bancarias que refleja en los sistemas informáticos y además los estados de cuenta de la Cooperativa “Jardín Azuayo”.

g) Informe especial realizado por la Contraloría General del Estado N° DR2DPMS 0045-2010 justamente de los hallazgos que encontraron de las irregularidades cometidas en los cheques cobrados dolosamente. **Conclusión:** La auditoría concluye que durante los meses de agosto de 2007 a marzo de 2008, se

giraron cheques en contra de la cuenta corriente No. 5T70004335-6 del Banco Nacional de Fomento Sucursal Méndez, por el valor de USD 30 62000, "... que constituye apropiación arbitraria de los fondos públicos..." por parte de los señores Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía; Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable; y, el señor Byron Ademar Shakay Cacepa, Jefe de Contabilidad. **Pronunciamiento:** Por los antecedentes señalados por Auditoría, se concluye que existen indicios de responsabilidad penal, por cuanto según consta en los anexos 5.6, 7, 8, 9, 10, 11. 27 y 28 del proyecto de informe de la referencia, los cheques Nos. 006954, 007739, 008074, 008327, 008328, 008329, 008330 y 009823, por el valor de USD 30 620,00, correspondientes a la cuenta corriente No 0770004356 del Banco Nacional de Fomento, Sucursal Méndez, del Municipio de Tiwintza, fueron girados de manera injustificada

h) Copias de cada uno de los contratos de servicios realizados entre los procesados y el señor Alcalde del cantón Tiwintza a fin de justificar la calidad de funcionarios públicos del Gobierno Municipal del cantón Tiwintza.

Prueba Testimonial.- Con respecto a los testimonios, sintetizaré lo más importante de cada uno de ellos:

1.- Pedro Anduasha Uvijindia Yauna, Alcalde de Tiwintza.- Manifiesta que han habido errores por parte de quienes colaboran con la Institución durante su administración, y menciona que el ingeniero Leonardo Cueva Jiménez, era Director Administrativo, la señora Mónica Espinoza Shacay, Contadora Encargada, la Economista Sandra Consuelo Solano Maza, Tesorera Municipal General, Efrén Unup Saant, era Prosecretario de la Alcaldía, Byron Ademar Shakay Cacepa, era Jefe de Contabilidad y Nelson Alex Chuji Uwijint era técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable. En lo sustancial hace referencia a las irregularidades que se han dado dentro de la municipalidad por el cobro de cheques firmados en blanco, lo cual denuncia a Fiscalía. Además reconoce que alguna vez ha firmado cheques en esa condición, sin embargo, alega que esto fue por cuestiones puntuales y emergentes. Además informa que por decisión del Consejo se autorizó al Director financiero a firmar cheques y sería el quien está firmando cheques en blanco y le habría entregado los mismos al Contador Byron Ademar Shakay Cacepa. Sostiene desconocer el paradero de la chequera y que debía estar en la Dirección Administrativa Financiera siendo responsable de ella el Director Financiero. Termina su testimonio manifestando que en ningún momento ha autorizado el pago del cheque a su sobrino Nelson Alex Chuji Uwijint.

2) Luis Fernando Quezada Pizarro, funcionario del Municipio de Tiwintza.- Manifiesta ser veterinario, que no conoce mucho del tema, los cheques los entregaba la señora Tesorera, y los cálculos de los viáticos los hacía el Sr. Byron Shakay Cacepa,

3) Mónica Gisela Espinoza Zhicay, Auxiliar de Contabilidad.- Expone que el Contador Byron Shakay Cacepa, se encargaba de llenar los cheques y aprovechaba para cometer los actos ilícitos, que se encontraron varios cheques que habían sido mal contabilizados y cobrados, uno fue cobrado por el señor Nelson Chuji y otros por el Secretario Efrén Unup, que cayeron en cuenta de esto, ya que los valores de los cheques eran exactos, cuando generalmente no son así pues poseen decimales debido a la retención del IVA. Indica además que Nelson Chuji nunca realizó un registro contable y que mencionado registro se lleva de manera virtual. También refiere que Nelson Chuji devolvió el dinero que recibió del cheque.

4) Puar Vilma Kankua Kayuk, Auxiliar de Contabilidad.- En la Institución se trabaja así: el gasto lo autoriza el señor Alcalde, la Dirección Financiera es la que sumilla, el Contador en cambio se encarga de registrar y la Tesorera de pagar. Recuerdo que siempre les encontraba encerrados en la oficina de Byron Shacay a Efrén Unup y Nelson Chuji, cuando estaban conversando yo no podía ingresar, este compañero Chuji parece que era sobrino del Alcalde, lo que si recuerdo es que cuando el Alcalde salía de comisiones solía dejar los cheques en blanco dos, tres cuatro a veces cinco cheques firmados en blanco, con el fin de que no se paralice el Municipio, también observé que el Director Financiero con la Tesorera firmaban cheques. He visto cheques en blanco no podría dar una cantidad pero eran como cien. Desconozco si Alex Chuji pidió mil quinientos dólares, en calidad de préstamo. Los cheques en blanco se firmaron solo para pagos de sueldos, lo que no recuerdo es por qué firmaba los cheques el Director Financiero pero existían cheques firmados por él.

5) Juan Benito Marian Unup, Secretario del Procurador Síndico.- En el año 2007, los pagos se realizaban en cheques y cuando el señor Alcalde y la Tesorera salían de comisión dejaban firmando cheques en blanco para cumplir con pagos que se debía realizar por comisiones, pago a los proveedores, a los contratistas, todo ese tipo de cosas, todas esas peticiones ingresaban por Secretaria, el señor Alcalde aprobaba mediante sumilla, luego pasaba por el área contable y terminaba en tesorería.

6) Armando Patricio Paredes Peña Perito Contador.- He realizado dos peritajes, (refiriéndose a la Municipalidad de Tiwintza) no recuerdo mucho de este caso pero se me presentó documentos para hacer un trabajo en el cual se establecía algunos cobros por unos cheques indebidos, alguna cosas de esas, más o menos, yo hice el trabajo de campo justamente sustentándome en la contabilidad gubernamental recuerdo que los asientos contables no estaba en relación, no coincidían con los valores correspondientes, es decir cuando se hace un asiento contable tiene que coincidir el mismo valor con la misma afectación presupuestaria, entonces de acuerdo a la normativa y a la técnica que utiliza la misma Contraloría General del Estado, en ese sentido no hubo congruencia, no recuerdo bien, pero están las personas involucradas el contador y dos personas más, había el cobro de cheques indebido, se detectó lo mal llevado de la contabilidad, esa era la conclusión pienso que hubo manejos fraudulentos presuntamente. Manifiesta además que él no auditó pues no es perito calificado.

7) Carlos Fabián Ortega González, Auditor de la Contraloría General del Estado.- Como auditor. se analizaron desembolsos efectuados con cheques girados en contra la cuenta corriente 0770004356 del Banco Nacional de Fomento, Sucursal Méndez, lo que se detectó fueron operaciones relacionadas con cheques por parte del señor Contador Byron Shacay y dos funcionarios más que no recuerdo sus nombres, ascendiendo el valor de esos cheques a 27.500,00USD, los cheques eran en el número de 7 y constaban legalizados ya sea por el Director Administrativo Financiero o el Alcalde, como ordenadores de gasto, con firma conjunta de la Tesorera, sin que en la Institución exista autorización escrita por parte del Alcalde o Director financiero para que asuma esta responsabilidad. La labor del Contador es registrar, pero la situación del Municipio, a esa fecha del examen que hacia los cheques, tenía el Financiero y la chequera debía haber tenido la Tesorera, pero había esa mala costumbre de la chequera coger el Contador o el Director Financiero.

8) Romel Marcelo Dávalos Aguirre, Supervisor de la Contraloría General del Estado.- Realicé un examen especial al Ilustre Municipio de Tiwintza, a la gestión presupuestaria y al cumplimiento de los objetivos y metas, así como a las denuncias que se habían presentado en el Ministerio Público, por el periodo comprendido entre el primero de julio de 2005 y el 31 de diciembre del año 2009,; los hallazgos se referían a giro y cobro de cheques de un valor de veintisiete mil quinientos dólares, dinero que había sido dispuesto arbitrariamente por funcionarios del Municipio de Tiwintza, era el Contador y dos funcionarios más, es decir los cheques fueron fraudulentamente cobrados, se consideró que los hechos inducían a unos posibles indicios de responsabilidad penales. La información que se obtuvo del mismo Alcalde, del Director Financiero, ellos expresan el procedimiento que realizaron y que para mi concepto facilitaron para que se dieran estos hechos, era que tenían la costumbre de firmar cheques en blanco, las normas técnicas de control interno especialmente y tratándose digamos de Ley Orgánica de la Contraloría, prohibía justamente que se giren cheques en blanco y esto se inobservó, quienes eran los ordenadores de gastos eran el Alcalde y también el Director Financiero, yo no estuve en la Municipalidad de Tiwintza, no conocí ni tuve acceso directo al registro de sistemas, me basé en la documentación que ya se me presentó para el trámite de control de calidad. El custodio directo de los bienes públicos sería el Tesorero Municipal que es la encargada de los ingresos municipales, uno de los señores creo que es el Técnico de la Unidad de Gestión Ambiental el señor Chuji, devuelve el valor del cheque cobrado creo que son mil quinientos dólares, eso se revela en el informe.

Alegatos Ofendidos: Exponen que con la prueba de cargo, se ha demostrado los elementos constitutivos de un “peculado” del art. 257 Código Penal; pues del informe de la Contraloría General del Estado sobre las anomalías con indicios de responsabilidad penal, se desprende que en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de marzo de 2008, el señor Byron Ademar Shacay Cacepa, Jefe de Contabilidad de la Municipalidad de Tiwintza, ha entregado al señor Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía, los seis cheques, por el valor total de 26.000,00 USD; y, al señor Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo

Sustentable, un cheque por el valor de 1.500,00 USD; se aprecia que en los registros de gastos, consta que los cheques detallados fueron girados a favor de los citados funcionarios municipales, para operaciones normales y legales sin embargo se detectó que el asiento contable, relacionado con la adquisición de materiales de construcción fue alterado; además que los cheques girados a favor de Unup y Chuji, no tienen respaldo alguno, es decir no existía una razón legal para el pago de los mismos. Además los números de esos cheques no corresponden a la secuencia de cheques girados en estas fechas, sino que fueron girados en blanco con anterioridad, para realizar pagos emergentes. Por lo tanto existiendo el nexo causal entre la infracción y sus responsables esto es el que ejercía funciones de Contador Byron Ademar Shacay Cacepa, que es quien ha realizado esos manejos fraudulentos contables y los ciudadanos Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint, funcionarios de la municipalidad de Tiwintza, que fueron los beneficiarios de esos cheques, mediante sus anómalas actuaciones han permitido el perjuicio al Estado, de lo que existen varios testigos y documentación justificante, por lo que se solicita se les condene de ser autores de un peculado del art. 257 Código Penal, y además a la reparación integral del perjuicio.

Pruebas Procesados:

Prueba de Byron Ademar Shacay Cacepa: No presenta prueba, pues su Defensor Público nunca tuvo contacto con él.

Prueba de Efrén Unup Saant:

Prueba documental:

1.- Certificados de antecedentes penales del que se desprende que solo éste proceso tiene en su contra.

Prueba Testimonial:

1) Lcda. Estela Amelia Tsamaraint Saant.- Testifica sobre buena conducta y honorabilidad del procesado.

2) Martha Jeannette Duran Sánchez.- Testifica sobre buena conducta y honorabilidad del procesado.

3) Manuel Heriberto Palomeque Rivera.- Testifica sobre buena conducta y honorabilidad del procesado.

Prueba de Nelson Alex Chuji Uwijint:

Prueba documental:

1) El deposito del valor de mil quinientos dólares que hechos por Nelson Alex Chuji, en la cuenta corriente número 0770004356 a nombre de la Municipalidad de Tiwintza, de fecha 1 de diciembre del 2008

2.- Certificado otorgado por el Municipio de Tiwintza, del que se desprende que el señor Nelson Alex Chuji Uwijint, no adeuda al Municipio de Tiwintza

3.- Petición realizada por el señor Nelson Alex Chuji a la Directora de Talento Humano del Gobierno Autónomo Descentralizado de Tiwintza de fecha Santiago, 23 de febrero del 2016, mediante el cual solicita se le otorgue el contrato de trabajo del 03 de septiembre del 2003, del 05 de enero del 2004 y de fecha 14 de septiembre del 2004, así como la acción de personal N° 006 del Municipio de Tiwintza, de fecha 01 de enero del 2005, en el cual se le asigna como Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable, registrado con el número 6 del 10 de enero del 2005. Y respuesta a la petición indicando que existen solo contratos de trabajo más no acción de personal

4.- los antecedentes penales del señor Nelson Alex Chuji Uwijint

Prueba testimonial:

1) Fidel Armando Tzungui Yambiza.- Conozco a Nelson Alex Chuji Uwijint, desde hace 12 años, recuerdo que en el mes de noviembre del año 2007, no recuerdo el día exacto porque ya es mucho tiempo, mi amigo Alex Chuji Uwijint, acudió con suma urgencia a la Alcaldía del cantón Tiwintza y habló con el señor Alcalde, que es su tío, para pedir un préstamo del dinero y él señor Alcalde le dijo que hable con el encargado del dinero, y posterior a eso le dieron un cheque de mil quinientos dólares.

2) Magno Domingo Narankas Yupik.- Testifica sobre buena conducta y honorabilidad del procesado.

Alegatos procesados:

Defensa de Byron Ademar Shacay Cacepa.- Muchas cosas se han demostrado, es verdad, pero en ningún momento se ha demostrado en esta audiencia que mi defendido el señor Byron Ademar Shacay Cacepa, haya cometido el delito de peculado del que está tipificado en el Art 257 del Código Penal, que regía en aquel momento, por qué, porque es necesario que hagamos mención a la norma, la norma dice expresamente quien hubiera 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; pregunto en qué momento documentadamente o testimonialmente se demostró que sea Byron Shacay Cacepa el que estaba encargado legal y debidamente de la chequera, que supuestamente después se habían sustraído esos cheques y se había cobrado esos cheques, por ahí llega la denuncia por parte del señor Alcalde a la fiscalía pero en ningún momento peculado; para que sea peculado tendría que ser Byron Ademar Shacay Cacepa, el que tenía el poder de disponer legalmente ese dinero, pero no es así ya escuchamos a los testigos decir que es la Tesorera quien tenía esa atribución legal, la misma Tesorera en esta audiencia nos ha manifestado que el cobro de un cheque se lo hacía de acuerdo a un debido proceso y quien revisaba al final era ella misma; es de conocimiento público y notorio que el Municipio de Tiwintza, por el mal accionar de su Alcalde como de su Director Financiero, está expuesto en más de dos o tres juicios penales por peculado y son ellos los que deberían estar respondiendo esos cargos, pero increíblemente vienen a dar su testimonio como testigos; concluye su intervención solicitándose ratifique la inocencia de su defendido.

Defensa de Efrén Unup Saant.- No se podrá y no se ha podido justificar por parte de fiscalía la acusación de peculado por las siguientes razones, hubo un manejo indebido, anti normativo como el llenado de cheques en blanco, como la entrega irregular de cheques cuando supuestamente el Alcalde salía de viaje, eliminemos mentalmente de acuerdo a lo que establece la teoría de dominio, el hecho que el señor Alcalde, de que la señora Tesorera, de que el señor Director Financiero no hubiesen firmado los cheques supuestamente en blanco, y digo supuestamente porque no se ha podido demostrar tampoco esto, porque debía haber una sentencia previa porque hay prejudicialidad, para poder determinar si hay o no hay falsedad dentro de un documento, en caso de un cheque, un documento público que fue cobrado supuestamente en detrimento del patrimonio del Municipio, si ellos no firmaban esos cheques no pasaba nada, era una práctica generalizada y que obviamente estaban en contra de todas las normas técnicas; también se irrespetaban las normas técnicas de contabilidad y después de tanto tiempo, de un año, recién empiezan a denunciarse los hechos porque efectivamente es cuando empiezan a surgir problemas internos dentro del Municipio, unas amenazas de que iban a decirse que el sobrino Alex Chuji, había cobrado y ahí es cuando sueltan este tipo de información, pero en el peor de los casos aquí hay una situación de pago indebido, nosotros encontramos una responsabilidad civil o administrativa pero no penal; la norma establece limitaciones y restricciones para poder catalogar y llegar a la conclusión de la existencia de un peculado; además aquí no se cumplió la debida cadena de custodia, la cadena de custodia desde el momento de la recaudación hasta el momento del reconocimiento y la devolución correspondiente, no ha habido el correcto manejo de evidencias; finalmente señores jueces y siendo muy breve el Art. 257 establece los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal y el artículo 257 del Código Penal, indica que el sujeto activo de la infracción es un sujeto activo restrictivo, calificado y sobre el cual se establecen ciertas condiciones que no se cumplen en la persona de Efrén Unup, quiero poner énfasis en estos objetos materiales del que habla la norma, dice que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo, el día de hoy la doctora Merino, ha sido muy clara en indicar que el señor Efrén Unup, nunca tuvo esos bienes objetos, títulos o cheques nunca los tuvo en virtud o razón de su cargo quien los tenía era la Tesorera la economista Solano, quien los tenía por Mandato Legal; Efrén Unup no tenía la custodia de los cheques, quien tenía la custodia de los cheques era la Tesorera por mandato legal, porque los funcionarios públicos hacen lo que las normas les permiten nada más, no pueden excederse, además de acuerdo a lo que se ha demostrado los pagos de los cheques que supuestamente cobró Efrén Unup, aunque eso tampoco se ha demostrado, claramente correspondían al pago secuencial del pago de nómina no a proveedores, tampoco se contrastó la información llamando a declarar a los proveedores; finalmente, de acuerdo a los registros contables tampoco se puede decir que el señor Efrén Unup tenía esos registros contables porque quien lo certifica después de revisar es el Director Financiero; el señor Efrén Unup no puede ser penado por cuanto no reúne las condiciones de sujeto activo de la infracción que es un sujeto activo calificado y que tiene determinadas características que el señor Unup no cumple, es por esto que este Tribunal tiene que ratificar su condición de inocencia respecto de los cargos formulados por fiscalía.

Defensa de Nelson Alex Chuji Uwijint.- Se recomienda el análisis crítico de la prueba documental presentada por la Contraloría General, dicha prueba no fue practicada

conforme ordena las normas públicas, los Tratados Internacionales y el Código Orgánico Integral Penal, se violentó lo que determinan los artículos 216, y 215 del Código Orgánico Integral Penal; no se levantó una cadena de custodia correcta; no se puede aceptar tampoco como medio de prueba la revisión de asientos contables por quien no era un perito Calificado; y, respecto al Informe de indicios de responsabilidad penal, que es realizado por uno solo de los sujetos procesales sin la intervención de todas las personas involucradas, que no fueron notificadas todas las personas, me estoy refiriendo al caso de los proveedores; en cuanto al análisis de la prueba testimonial debo indicar que el señor Alcalde Pedro Uvijindia, reconoce que hubo errores en la Dirección Financiera, con respecto a los cheques firmados en blanco y que eso hacia el Director Financiero, en esta audiencia se ha demostrado al señor ing. Leonardo Cueva (Director Financiero), ordenarse el pago, autorizarse el pago, realizar el pago, ordenar la emisión del cheque, él está en todos los actos anteriores, concurrentes y posteriores y no lo hace solo, lo hace con el consentimiento de la señora Tesorera, la testigo Mónica Espinoza Shicay, dice que es auxiliar de contabilidad indica que la Tesorera giraba los cheques y la Dirección Financiera realizaba el control de los gastos; Vilma Kankua, afirma que los cheques en blanco eran más de cien en el año 2007, y dice que Nelson Chuji devolvió los mil quinientos dólares, además indica algo que es fundamental para la defensa, dice que el cheque por mil quinientos dólares correspondía a la serie secuencial de aquellos cheque que se giraron por el rol de pagos en noviembre del año 2007; Armando Patricio Paredes Peña se contradijo tremendamente en cuanto hizo un informe pericial de revisión de los registros contables, sin tener atribución alguna para ello por no ser perito acreditado, hasta se permitió decir que habían alteraciones de los registros contables, entonces debe primero declararse la falsedad ideológica o la falsedad material; el economista Fabián Ortega González, auditor de la Contraloría, con este testimonio del funcionario de la contraloría se ha pretendido judicializar un documento de indicio de responsabilidad, y esto se ha hecho con los testimonios de los funcionarios auditores de Contraloría General del Estado, sabiendo que esa es una actuación unilateral de uno solo de los sujetos procesales y que no fue contra examinada en la etapa administrativa, pero lo más grave de todo es que el auditor indicó que se trataba de sustracción de cheques lo dijo categóricamente, afirmo incluso que se trataba de un desembolso indebido, el Ing. Marcelo Dávalos Aguirre, también indico lo mismo, de que estábamos frente a la sustracción de cheques, afirma que ni siquiera conoce el cantón Tiwintza; debo referirme al testimonio de Magno Domingo Narankas Yampik quien declara sobre los hechos y él dice que le consta que Nelson Alex Chuji, pidió prestado mil quinientos dólares al señor Alcalde, y éste le dijo que pida en la Dirección Financiera, dice este testigo conjuntamente con Fidel Armando Tuitza Yampisa que Nelson Alex Chuji ha observado una conducta ejemplar mi defendido no se encuentra en ninguno de los casos que determina el Art. 257 del Código Penal, vigente a la fecha de la supuesta comisión del delito; llama la atención la actitud del señor Fiscal que en la formulación de cargo le acusó de ser autor del delito de Peculado, pero en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio se le acusa por encubrimiento, y hoy en esta audiencia, con total desfachatez se menciona de que se le acusa otra vez por el delito de peculado; el encubrimiento es una figura delictiva independiente de lo que es el peculado, pedir mil quinientos dólares no es delito, no es encubrimiento ni es nada; no se ha probado ni siquiera el cometimiento de peculado de otros sujetos procesales o sea que ni siquiera existió el delito previo o delito de antecedente, existe fraudulenta fundamentación de las acusaciones en la

especie, en el caso de mi defendido Nelson Alex Chuji, debió declararse la extinción de la acción toda vez que hoy no existe el delito de encubrimiento. Concluyo indicando que mi defendido cometió un acto imprudente al recibir un cheque en calidad de préstamo, existió un pago indebido por parte de la persona que le entregó el cheque, para lo que me remito a lo que determina el Art. 53 y 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por tanto no hay dolo en el acto de pedir mil quinientos dólares y haberlos devuelto, pido que se ratifiquen en el estado de inocencia de mi defendido.

Razonamiento sintetizado del fallo del Tribunal de Garantías Penales de Morona

Santiago: El Tribunal menciona en primer lugar que el delito por el que se acusa a Unup Saant Efrén, Shakay Cacepa Byron Ademar y Chuji Uwijint Nelson Alex es el de Peculado contemplado en el primer inciso del artículo 257 del Código Penal, y manifiesta que el mismo tipo penal se encuentra regulado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, y que en lo esencial los tipos penales en ambos códigos son similares, siendo la voluntad del legislador preservar el delito de Peculado en los mismos términos, por lo cual no existiría violación al principio de legalidad. El Tribunal señala que corresponde analizar si las pruebas aportadas dentro de este juicio permiten que se subsuma la conducta de los procesados en el tipo penal de Peculado, conforme los artículos arts. (250, 79 y 119 CPP); hoy arts. 453 y 454 N° 1 COIP) para lo cual menciona que para la existencia del delito de Peculado habrán de verificarse sus elementos esenciales constitutivos que son: a) El abuso de bienes o fondos públicos con dolosa actuación y daño patrimonial a la entidad perjudicada; b) Abuso realizado de cualquier forma que origine ese perjuicio por acción u omisión de servidores públicos o personas encargadas de un servicio público; y, c) Que tales personas tengan en razón de su cargo la custodia o manejo de esos bienes o fondos públicos. Se manifiesta que de conformidad con la prueba sustentada en la audiencia de Juicio, para comprobar si el acto se adecuó al tipo penal señalado y si fue como consecuencia de una acción ejercida por los acusados (arts. 250, 79 y 119 CPP; hoy arts. 453 y 454 N° 1 COIP), con lo que respecta al tercer elemento constitutivo del delito de Peculado es to es “Que tales personas tengan en razón de su cargo la custodia o manejo de esos bienes o fondos públicos”, en el presente no ha acontecido, porque de las funciones que ejercían los procesados, se entiende que no podían realizar, por si solas, la entrega de dinero mediante cheques, porque los dineros institucionales del Municipio del cantón “Tiwintza” únicamente podían ser manejados por el Jefe Administrativo Financiero con previa a la autorización del Alcalde, y en el caso presente hubieren sido éstos los únicos sujetos procesales aptos de cometer un Peculado abusando de dineros. Tampoco se le podría involucrar en una complicidad en tal delito de “Peculado” porque en la causa no se ha procesado a ningún municipal de tal cantón, que, por razón de su cargo, haya tenido la posibilidad o disponibilidad de dineros y que se le haya imputado también por hacerse ese pago excesivo.

Sin embargo el Tribunal manifiesta que es incuestionable en virtud de la prueba, que Shakay Cacepa Byron Ademar giró cheques alterando los asientos contables para que lo cobren Efrén Unup Saant (seis cheques) y Nelson Alex Chuji Uwijint (un cheque), valiéndose del encargo de cheques en blanco firmados por el Alcalde, el Director

Financiero o la Tesorera con lo que aparecen los indicios suficientes, probados, graves, precisos y concordantes, señalados en los arts. 87 y 88 Código Procedimiento Penal (hoy art. 455 COIP), de los cuales con certeza se ha podido establecer el nexo causal entre la infracción cometida (pago indebido de parte de Byron Ademar Shacay Cacepa a Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint, utilizando cheques de la institución) y el actuar delictivo de los tres procesados que, con dañada intención (art. 14 inc. 2° CPP y art 26 inc. 1° COIP) se hicieron entregar dinero que no les correspondía, y este actuar del referido ex Contador (Byron Ademar Shacay Cacepa), ha llevado a error a los respectivos funcionarios de la Unidad Financiera, que también han estado en la obligación de efectuar una revisión de todos los asientos contables y los beneficiarios de los cheques que se paga por diferentes conceptos, como ha sido al Director Administrativo Financiero, el Alcalde, la Tesorera, que por lo menos debían dar seguimiento a los cheques que firmaban en blanco, conducta que, se adecúa perfectamente en el tipo penal “estafa” del art. 563 Código Penal (hoy art. 186 COIP), porque ese manejo fraudulento de los procesados ha llevado a error a aquellos funcionarios municipales, causado un perjuicio patrimonial de \$ 27,000.00 al Gobierno Municipal de “Tiwinza”.

Sentencia: El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago emite sentencia condenatoria, en contra de los procesados por el delito de “Estafa” tipificado en el inciso primero del artículo 563 Código Penal, hoy en el artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

Condenan a Byron Ademar Shacay Cacepa (prófugo) y a Efrén Unup Saant (prófugo) a tres años de privación de libertad; pero en vista de las atenuantes la pena será de un año de privación de libertad.

A Nelson Alex Chuji Uwijint a más de las atenuantes existentes y por haber procurado reparar el mal causado, devolviendo los mil quinientos dólares, se le aplica la pena atenuada de seis meses de privación de libertad.

Observaciones fundadas respecto del fallo: El análisis realizado por el Tribunal con respecto a la falta de adecuación típica de las acciones de los procesado me parece que es el adecuado pues como bien se indica para el cometimiento del delito de Peculado tienen que concurrir tres elementos: 1) El abuso de bienes o fondos públicos con dolosa actuación y daño patrimonial a la entidad perjudicada; 2) Abuso realizado de cualquier forma que origine ese perjuicio por acción u omisión de servidores públicos o personas encargadas de un servicio público; y, 3) Que tales personas tengan en razón de su cargo la custodia o manejo de esos bienes o fondos públicos. En este caso solo dos de los imputados tenían calidad de servidores públicos en virtud de las acciones de personal adjuntas al proceso, pues Nelson Chuji, solo poseía un contrato de trabajo, y para ese tiempo los trabajadores se regían bajo las normas del Código de Trabajo, por lo tanto este no era servidor público. Con lo que respecta al abuso de fondos públicos, el contador Byron Shakay Cacepa, beneficia a Efrén Unup Saant y Nelson Chuji permitiendo el cobro de dinero sin justificación legal, mediante cheques, sin embargo específicamente con respecto al procesado Nelson Chuji, manifiesta que el dinero lo recibió en calidad de préstamo con autorización del Alcalde, lo cual no ha sido desvirtuado, por Fiscalía ni la Alcaldía, de ser ciertas sus aseveraciones, él no tendría

responsabilidad penal, sino solo civil, debido a lo que se aplicaría en este caso es la figura del pago o desembolso indebido y obviamente no existiría dolo. El tercer elemento constitutivo del tipo penal Peculado es en el cual la conducta de los procesados no se adecua, pues estos no tenían la facultad de disponer de los fondos, ni tampoco los tenían en virtud ni en razón de su cargo. La posibilidad de disposición de los fondos se da a razón de la negligencia del Alcalde, la Tesorera y el Director Financiero, al firmar cheques en blanco, pues solo ellos tenían la capacidad legal de firmar los cheques y consecuentemente de disponer de los fondos, se intenta justificar por parte de la Alcaldía, Fiscalía y Contraloría General del Estado, que en efecto el Sr. Byron Shakay Cacepa, si estaba a cargo de los fondos, pues ello así lo habrían dispuesto sin embargo debemos recordar lo anotado en capítulos anteriores que la relación de funcionalidad (capacidad de disponer de los bienes) debe estar legalmente establecidas dentro de las funciones del servidor público y el hecho de que por confianza y costumbre estaba a cargo o era custodio de los bienes no es admisible.

Con respecto a la sentencia por supuesto delito de Estafa cometido por los procesados no es materia de análisis en el presente caso, pero sin dudas la responsabilidad de sobre la determinación correcta del delito está a cargo de fiscalía, pues es esta quien realiza las investigaciones correspondientes.

Análisis de la sentencia dictada en segunda instancia

Tribunal que dictó la sentencia: Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago

Fecha de la sentencia analizada: 01 de julio de 2016

Fundamentación del Recurso:

Contraloría General de Estado.- El tribunal emitió sentencia por el delito de estafa, a pesar de que los informes concluyen que es delito de Peculado; no se considera el bien jurídico protegido que es la administración pública, pues se afecta la confianza pública depositada en el servidor público, cuyas funciones eran custodiar los bienes de la entidad pública. En el presente caso se trata de alteraciones a cuentas de la entidad y por medio de cheques se beneficia a una tercera persona, Efrén Unup quien fungía como Pro Secretario del GAD, este delito atenta contra la fe pública y pues valiéndose de su posición, abusaron de los bienes públicos.

Municipio de Tiwintza.- No estamos de acuerdo con el tipo penal sancionado, pues las pruebas establecieron Peculado, violando el principio de la coherencia pues desde la denuncia se estableció el delito de Peculado que se desvió en la audiencia de juicio. La Estafa está contemplada en el libro X del Código Penal, en tanto que el Peculado su bien jurídico protegido es la confianza, la moral pública y se encuentra tipificado para combatir la corrupción en las instituciones públicas. En este caso que se perjudica al Municipio en su patrimonio en \$ 30.620,00 por medio de cheques emitidos en el transcurso de nueve meses, cobrados por los señores mencionados, el contador público que era el encargado de llevar las secuencias y conciliaciones bancarias no lo hizo, girando y cobrando estos cheques, sin pasar los informes técnicos específicos del GAD.

Se determina la responsabilidad de Byron Shacay Cacepa quien estaba obligado a llevar las contabilidades de forma correcta, actuando con acción y omisión, cuando tenía el deber de hacerlo, constituyendo un dolo por esta maquinación y engaño, pido se califique como Peculado este delito y que sea reparado el daño de forma integral y se amplíe las responsabilidades a otras personas, como es el Director Financiero y personas que firmaron los cheques en blanco.

Defensa de Byron Shacay Cacepa.- En virtud de que se declaró abandonada la apelación de Fiscalía, es innecesario escuchar las otras apelaciones, pues la ley es clara al determinar los sujetos procesales, con respecto al ofendido se establece que ni Contraloría General del Estado, ni el Municipio de Tiwintza han acusado particularmente, el único facultado era Fiscalía, por lo tanto la apelación de estos no tiene razón de ser. Además Fiscalía en ningún momento en el juicio del tribunal demostró que los procesados hayan cometido Peculado, pues no se utilizó nada de forma arbitraria ya que esos cheques estaban en blanco, suscritos por el Alcalde y Director Financiero, siendo la única persona facultada para hacerlo el Alcalde como personero de la identidad. Existió mal manejo de recursos por Alcaldía, Departamento Financiero y Tesorería, y se pretende aducir que la chequera estaba a manos de mi defendido quien era Contador, y por tanto es responsable de la misma. El Alcalde y la Tesorera debían haber sido enjuiciados por el delito de peculado, pues no se demostró que mi defendido poseía la chequera ya que este se encargaba de realizar los registros contables, pero no emitía las órdenes de pago.

Defensa de Efrén Unup Saant.- Existe ausencia de elementos objetivos, considero que debemos contar con la igualdad de tiempo, igual que las otras partes intervinientes, se tiene claro que de acuerdo al C.P.P. se cuenta con tres sujetos procesales, Contraloría General del Estado no es parte, el Municipio tampoco pues no presentó acusación particular, y Fiscalía desistió de la acción. Se ha violado el principio de congruencia, pues se ha llamado a juicio por Peculado, pero se sentencia por Estafa, la misma sentencia indica claramente que los bienes debían estar bajo custodia de otra persona, que no ha acontecido en este caso, además de que la defensa se adhiere a parte de la sentencia que dice que no existió el delito de Peculado, pues el legislador tipifica en el 257 del C.P., que el sujeto activo del delito de Peculado debe ser servidor público que hubiese tenido piezas en su poder en virtud de su cargo, Efrén Unup no tenía estos bienes a su cargo, siendo estos responsabilidad de la Tesorera y el Alcalde, se ha reducido la indefensión sentenciado por Estafa, pues se preparó la defensa para debatir por Peculado, existiendo la duda de que si el Estado puede ser víctima del delito de Estafa, son familias de delitos diferentes. Cabe también indicar la improcedencia del juzgamiento del delito en un caso de Estafa, pues operó la prescripción, teniendo en cuenta que a la fecha de la audiencia de juzgamiento pasaron más de cinco años por lo que estaría extinta la acción para perseguir el delito de Estafa, pido se acoja la apelación y se declare la prescripción.

Defensa de Nelson Alex Chuji Uwijint.- Tenemos que son sujetos procesales solo Fiscalía, ofendido y procesado, estaríamos ante la primera vez que se case Contraloría General del Estado sin contar con Fiscalía General del Estado, Contraloría puede intervenir en los juicios de manera coordinada con Fiscalía sin tener participación plena, sino limitada, coincidimos defensa que este recurso es inadmisibile, pues no existe

acusación particular, no procede este recurso de apelación, de tal suerte que estos dos recursos son inadmisibles. La indagación previa se inició en 2008, no se contemplaba la apelación para sentencias de tribunal, procedía solo casación según la fecha. No se ha probado el perjuicio al Estado, viéndose a claras luces que Contraloría y el Municipio no han leído el proceso pues no saben qué funciones cumplía el jefe de contabilidad, sin poder hacerse de omisión, pues el abuso implica dos hechos, siendo necesario entender que los recursos públicos eran dinero o cheques pues se trata de dos cosas diferentes ya que este talonario de cheques no implica dinero, además de que el Municipio decía que debían ser llamados a juicio también otros funcionarios como Alcalde y Director Financiero, simple y llanamente estos fueron girados por otros funcionario quienes si tenían esta custodia, indicándose además de que se han adulterado registros contables sin existir esta sentencia respecto a este caso.

Fiscalía.- En esta fase indico que los elementos fácticos tienen origen en el informe de Contraloría General del Estado, los mismos que se tratan de siete cheques cobrados dolosamente por Efrén Unup Saant y Alex Chuji Uwijint, facilitado por Byron Shacay, cuando Pedro Uvijindia indica que firmaba los cheques en blanco y que eran entregados al contador Byron Shacay lo hacía para no paralizar los servicios del municipio, se observaba que en el despacho de este señor Shacay Cacepa se reunían por varias horas con los procesados, se ha justificado que los procesados son funcionario municipales además de que Shacay poseía los cheques, el objeto material cobrados por los procesados fueron girados a la cuenta del Municipio, este elemento trae algo importante que se debe observar que es el bien jurídico lesionado es la regularidad funcional, corrección y buena marcha de las instituciones públicas, por eso se entregaba estos cheques; esto con el objeto de salvaguardar el correcto funcionamiento del GAD, en este caso los jueces del tribunal se equivocan al sancionar por Estafa más no por Peculado, delitos de diferente familia en lo que respecta el bien jurídico. Los procesados adecuaron su conducta a este delito, solicito se dicte la sentencia por Peculado en contra de los tres procesados.

Razonamiento sintetizado del fallo de la única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago.- La sala determina que conforme al informe de indicios de responsabilidad, y los testimonios presentados, el delito por el que debieron ser condenados en primera instancia los procesados es Peculado, se establece la existencia de la infracción de la siguiente forma: el delito de Peculado es un delito que se comete en contra de la administración pública, cuyo verbo rector es el abusar, y se ha cumplido con todos los elementos constitutivos de este delito, pues en primer lugar tenemos que el acto debe ser ejecutado por un servidor público, en la especie los procesados son servidores públicos conforme constan de los contratos de prestaciones de servicios; de Byron Ademar Shkay Cacepa, como Contador; y que sus funciones vienen dadas por el Manual de Funciones de la Institución y además en el contra se establece que sus funciones serán el registro de cuentas en general, el registro de bancos, el registro de cuentas relacionadas con el SRI; e imprimir todos los cheques para efectuar los pagos correspondientes; la Acción de Personal en el cual se nombra a Chuji Uwijint Nelson Alex, como d Técnico de Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable y a Unup Saant Efrén como Prosecretario del Gobierno Autónomo del Cantón Tiwintza.

El segundo elemento esto es que hubieren abusado de los dineros públicos, se conforma con el informe de la Contraloría General del Estado que establece que Ademar Shakay

Cacepa giró los cheque en blanco a favor de los otros procesado y de las certificaciones del Banco Nacional de Fomento sobre los cheques que en efecto fueron cobrados por Efrén Unup Saant: y, Nelson Alex Chuji Uwijint, elevándose a un total de \$. 27.500,00 el perjuicio para la Municipalidad.

Estuvieron en virtud de su cargo, pues los cheques en blanco firmados los tenía Byron Ademar Shakay Cacepa, en cumplimiento del Manual de Funciones de la Institución y por la cláusula segunda del Contrato de Prestación de Servicios a Prueba, que determina meridianamente que la impresión de todos los cheques para efectuar pagos correspondientes estaba a cargo del Contador que en este proceso es el procesado Byron Ademar Shakay Cacepa, quien giró los cheques, adulteró los asientos contables y no cumplió con la confianza depositada por los personeros municipales, contraviniendo la cláusula tercera en donde tenía la obligación de desempeñar sus funciones con eficiencia y responsabilidad. Sin embargo obró de manera dolosa y en perjuicio del Municipio beneficiando con los recursos públicos a otros dos funcionarios municipales Efrén Unup Saant, Prosecretario de la Alcaldía y Nelson Alex Chuji Uwijint, Técnico de la Unidad Municipal de Desarrollo Sustentable; constituyendo disposición arbitraria de fondos públicos o cualquier otra forma semejante, por parte de quienes han cobrado dichos cheques en su beneficio; con lo que se prueba la materialidad de la infracción.

La responsabilidad de los procesados se ha probado mediante el informe de Indicios de Responsabilidad Penal y los distintos testimonios que llevaron a la conclusión de que el Contador Byron Shakay tenía en su posesión cheques firmados en blanco mediante los cuales se procedió a pagar fraudulentamente al señor Efrén Unup y al señor Chuji, alterando además el sistema contable de la institución quien tenía las claves necesarias para poder hacerlo.

No es procedente juzgarlos por el delito de Estafa, pues los tres procesados son servidores públicos y abusando de la confianza de sus superiores y de la obligación legal y moral de observancia de las disposiciones legales y contractuales, se beneficiaron de dineros del Municipio de Tiwintza, estableciéndose la relación de nexo causal entre la infracción cometida y el actuar delictivo de los tres procesados con los elementos dolosos de conciencia y voluntad como lo establece el Art. 14 inciso primero del Código Penal (art. 26 inciso primero del COIP), conducta de estos que encuadra en el delito de “Peculado” del artículo 257 del Código Penal (Art. 278 COIP), por lo que no es procedente la tipificación delictual de estafa hecha por el Tribunal de Garantías Penales.

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 52 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre del 2007, faculta a Contraloría General del Estado ser parte procesal, todo ello, sin perjuicio de su derecho a participar o no como acusadora particular, por intermedio de quien legalmente la represente, por lo tanto se ratifica la decisión de que Contraloría pueda intervenir como parte en este proceso;

Con respecto a la prescripción, estamos frente al delito de Peculado y no de Estafa como lo señaló el Tribunal, en esta virtud las acciones para perseguir este delito son imprescriptibles.

La prueba evacuada en la causa ha determinado que existe nexo causal entre la materialidad de la infracción penal y la responsabilidad de los procesados, respecto de su accionar ilegítimo, encasillando perfectamente su conducta en el tipo penal del Art.

257 inciso primero del Código Penal, que se refiere al tipo penal de “Peculado”, por lo que este Tribunal,

Sentencia.- la única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago rechaza el recurso de apelación interpuesto por el procesado Byron Ademar Shakay Cacepa; en cuanto al recurso de Apelación interpuesto por el GAD Municipal de Tiwintza, por no cumplir con los requisitos de ley y sobre todo por no haber presentado acusación particular, se lo rechaza. Por lo que, este Tribunal acepta el Recurso de Apelación interpuesto por la Contraloría General del Estado, dicta sentencia de mérito condenatoria, en contra de los procesados Byron Ademar Shakay Cacepa, Efrén Unup Saant y Nelson Alex Chuji Uwijint, por ser los autores responsables del delito de Peculado que estaba tipificado en el inciso primero del Art. 257 del Código Penal (Art. 278 inc. primero COIP), se les aplica la disposición más benigna que es la contemplada en el artículo 257 del Código Penal por lo que se les condena a ocho años de privación de la libertad pero en virtud de las atenuantes la pena a cumplir será de cuatro años, se tiene en cuenta la devolución de \$ 1.500,00 realizada por Nelson Alex Chuji Uwijint, y a Byron Ademar Shakay Cacepa y Efrén Unup Saant en aras de la reparación integral al Estado deberán pagar la cantidad de 26.000,00 más los intereses.

Observaciones fundadas respecto del fallo:

El fallo de la única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, se encuentra llena de falencias, partamos diciendo que del proceso constaba que Fiscalía emitió su dictamen acusatorio en calidad de Encubridor en contra de Nelson Alex Chuji Uwijint, sin embargo tanto el Tribunal de Garantías Penales como la única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, obvia este detalle permitiendo a Fiscalía y Contraloría General del Estado, lo acusen de autor del delito de Peculado, esto en razón de que no era conveniente pues el delito de Encubrimiento en el Código Orgánico Integral está derogado, y el señor Nelson Chuji, pudo haberse acogido a la norma más benigna para él.

Fiscalía presentó el recurso de Apelación, pero no acudió a fundamentar dicho recurso, por lo que se entiende el desistimiento del mismo, si bien Contraloría General del Estado en virtud de una Resolución de la Corte Nacional puede ser parte procesal, no quita el hecho de que para hacerlo debe estar en coordinación con Fiscalía que sí figura como sujeto procesal en el Código Penal y en el Código Orgánico Integral Penal.

No se apreciaron o valoraron las pruebas en conjunto, pues del análisis de las mismas se infería a todas luces el afán de condenar a los procesados, ya que no se valoró la prueba especialmente aportada por Nelson Chuji.

Hasta antes del 24 de marzo del 2009 los fallos de los Tribunales de Garantías Penales no eran susceptibles del recurso de Apelación, la indagación previa se inicia el 3 de diciembre de 2008, lo cual no se toma en cuenta por la única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, y básicamente derivaría en la falta de competencia para conocer este recurso.

El razonamiento de la Sala con respecto a los elementos constitutivos de Peculado es forzado, pues se manifiesta que los procesados tenían los bienes a su cargo por el hecho de ser servidores públicos, por imposiciones morales y por la confianza otorgada por los

superiores, pero si analizamos a detalle, las personas que si tenían la capacidad de esos bienes por mandato legal, eran el Alcalde, el Director Financiero y la Tesorera, y quien debería estar a cargo es esta última pues es ella quien realiza los pagos a nombre de la Municipalidad, siendo esta una actividad propia de su cargo. Por el contrario, dentro de las funciones del Contador, están las de controlar y no las de realizar pagos. Con menor razón los otros procesados podían estar a cargo de los bienes en este caso de los cheques, ya que sus funciones de Prosecretario de la Alcaldía y Técnico de la Unidad de Desarrollo Sustentable, están lejos de ser funciones relacionadas con la administración de dineros públicos.

De la sentencia de primera y segunda instancia podemos observar la arbitrariedad con la que pueden llegar a actuar los funcionarios de Fiscalía, Contraloría General del Estado, y lo que es peor la misma administración de Justicia, no se explica de ninguna manera el razonamiento de los jueces dentro de este juicio, y así como este hay varios, en donde se cometen atropellos e injusticias.

La conclusión que podemos sacar del análisis del presente caso, es la falta de conocimiento de los juzgadores, el común quebrantamiento de las normas procesales penales, y la inevitable necesidad de sancionar por Peculado, a toda costa, pues si bien los procesados cometieron una infracción, desde un pequeño análisis podíamos darnos cuenta de la inaplicabilidad del delito de Peculado en este caso, sin embargo se procedió de la manera expuesta, vulnerando cualquier cantidad de derechos. Y en efecto existiendo una mala aplicación del tipo penal Peculado en el Ecuador.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

Es necesario abordar el tema de la Proporcionalidad de la pena en el delito de Peculado en el Ecuador, pues si bien es fácil alardear de este principio, con respecto a su relevancia, el gran avance que constituye para los Derechos Humanos y ser el freno por excelencia del poder punitivo del Estado, no es menos cierto que al hablar de delitos contra la Administración Pública este discurso cae y se ve menoscabado por el válido repudio social en contra de los actos de corrupción de los funcionarios públicos, y la acelerada y poco acertada decisión del Estado de aumentar las penas, sin considerar este principio y mecanismos más adecuados para combatir este problema. El Estado por mandato constitucional es el llamado a garantizar este principio, por medio de su función legislativa y judicial principalmente, sin embargo, al ser juez y parte en la aplicación de este principio, específicamente en delitos de esta índole, la tarea se complica, consecuentemente se permiten arbitrariedades y lesiones excesivas a distintos derechos fundamentales, en especial al de la libertad.

1. Definición del principio de Proporcionalidad.

El Dr. José García Falconí, en palabras claras y concisas define al principio de Proporcionalidad de la siguiente manera:

El principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano. (García, s.f., p.1)

El profesor Gonzalo Quintero nos indica que Proporcionalidad es “el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)” (Quintero citado por Fuentes, 2014, p. 12).

De lo anotado podemos colegir que el principio de Proporcionalidad, se encuentra en dos fases, la primera ocurre al momento de la elaboración del tipo penal y considerar la adecuada pena para castigar determinada conducta penalmente relevante y la segunda vendría a ser, la subsunción de los hechos a la norma, de la mano del sistema judicial que en base a los lineamientos dados por el legislador deberá aplicar la pena en función del daño causado al bien jurídicamente tutelado.

Siendo este principio uno de los principales limitantes del “ius puniedi” del Estado, es natural que lo encontremos como un principio de carácter constitucional, el Jurista Dr. Humberto Nogueira nos dice:

“...el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos”.³⁰ (Nogueira citado Fuentes, 2014, p.25).

Para consolidar lo dicho el Dr. Ignacio Villaverde expone con respecto a inobservancia del principio de proporcionalidad lo siguiente:

La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (Villaverde, 2008, p.185)

En un Estado constitucional de derechos como el nuestro, es obligatorio el sometimiento de los distintos cuerpos normativos y funciones del Estado a la Constitución, y en este sentido, al menos teóricamente sería imposible ir en contra de la Carta Magna, constituyendo para los ciudadanos la garantía más amplia de sus derechos. Sin embargo, cuestiones como una irregular técnica legislativa y un ineficiente control por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, han puesto seriamente en riesgo los derechos y principios en esta consagrados.

Al hablar del principio de Proporcionalidad, es lógico hablar del medio coercitivo mediante el cual el Estado ejerce su poder punitivo, es decir la pena, en relación a esto el Criminalista mexicano Dr. Alberto Orellana nos dice:

La norma jurídico penal se integra de tipo y pena; desde su origen, el tipo fue explicado por Ernesto BELING como la descripción de una conducta como delictiva, y la pena como la sanción punitiva, como la medida más enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del delito. (Orellana, 2003, p.1)

En base a esto es necesario, aunque sea en breves rasgos tratar cuestiones elementales sobre la pena.

2. La pena

En palabras de Francisco Muñoz Conde por pena entendemos “el mal que impone el legislador por la comisión de un delito” (Muñoz citado por Ibarra, 2015, p.32). La definición es simple y concreta y para el objeto de estudio es suficiente.

Lo importante es destacar la necesidad de castigar una conducta previamente establecida como un delito por el legislador, y en ese mismo contexto surge la necesidad de entender cuál es el fin de la imposición de esa pena, ante lo cual surgen distintas escuelas y doctrinarios tratando de determinar el fin o la función de la pena, sin embargo me concretaré a dos posturas: la teoría unificadora dialéctica y la función resocializadora de la pena.

2.1 Teoría unificadora dialéctica

Esta teoría surge a raíz de las teorías tradicionales que intentaban explicar el fin de la pena, y como su nombre lo indica, se busca unificar las distintas teorías de manera ecléctica. El jurista Roxin sobre este tema nos indica: "El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado" (Roxin citado por Botero, s.f., pp. 205 -206).

De una manera aun más específica pero refiriéndose a las mismas categorías que mencionaba Roxin, el profesor Muñoz Conde expone:

En el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial (Muñoz citado por Botero, s.f., p. 206).

De esta manera la teoría unificadora dialéctica, permite la integración de los distintos postulados que hacen referencia al fin o la función de la pena de manera armónica.

2.2 Función resocializadora de la pena

La complejidad de esta teoría no es materia de análisis del presente trabajo, sin embargo su conceptualización es simple. El Dr. Eugenio Zaffaroni, entiende a la teoría resocializadora de la siguiente manera:

Se trata de un proceso de "personalización" el cual, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo. (Zaffaroni citado por Martínez, 2013, p.27)

De lo anotado se entiende que dentro de los fines de la pena, debe estar, la reinserción del ciudadano infractor como un miembro funcional de la sociedad, y evidentemente esto está intrínsecamente relacionado con el sistema penitenciario, pues de no existir condiciones adecuadas en los centros de privación de libertad, la aplicación

práctica de esta teoría se torna imposible siendo lo común, pues los costos económicos son altos y gran parte de los Estados no están dispuestos a asumirlos.

En conclusión podemos decir que la importancia del principio de Proporcionalidad, es trascendental en cualquier ordenamiento jurídico del mundo, pues se constituye en un mecanismo efectivo para impedir las arbitrariedades del poder punitivo del Estado que lo canaliza mediante la imposición de una pena dotada de tres finalidades palpables que son la prevención general, la prevención especial y la función retributiva, y una lastimosamente con un carácter deontológico que es la función de resocialización del individuo.

3. El principio de Proporcionalidad en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal

Partiremos diciendo que el principio de Proporcionalidad, se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 6 de la siguiente manera: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

Entendiendo a la Constitución como la Norma Suprema dentro del Estado constitucional de derechos y justicia en el que vivimos, es innegable la característica de principal que tiene el principio de Proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código Orgánico Integral Penal, encontramos al principio de Proporcionalidad o al menos la sujeción a este, en la parte de “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” y en la del “CONSIDERANDO”, pues hacen mención al artículo de la Constitución antes citado, haciendo énfasis en la relación coherente que debe existir entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

A manera de conclusión podríamos decir que la aplicación del principio de Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal, tiene plena vigencia pues es parte del fundamento de este cuerpo normativo.

Una vez determinado el principio de Proporcionalidad como un rector fundamental del Código Orgánico Integral Penal, corresponde el análisis con respecto al tipo penal de Peculado.

4. El principio de Proporcionalidad en el delito de Peculado en el Ecuador

Podemos hacer mención tres situaciones, que giran en torno al Peculado y son meritorios de un análisis bajo el principio de Proporcionalidad, pues poseen un carácter restrictivo de derechos muy fuerte, y siembra la duda sobre el verdadero alcance de este principio aplicado al delito de Peculado:

4.1 Proporcionalidad en las penas privativas de libertad.

Podemos tener dos enfoques de la Proporcionalidad con respecto a las penas privativas de la libertad, el primero es el que le compete al legislador y el segundo el que atañe al juez.

Comenzaremos el análisis por la aplicación del principio de Proporcionalidad por parte del legislador, en el Código Orgánico Integral Penal la configuración de las penas privativas de la libertad básicamente son tres: 1) de diez a trece años en los casos de que: “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”; “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.”; “Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional,”; 2) de siete a diez años cuando “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”; “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”; y 3) de cinco a siete 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.”

Es incuestionable que el delito de Peculado, es grave, pues su impunidad golpea fuertemente al aparato estatal, tanto por el desprestigio y la desconfianza que genera en los ciudadanos, así como el gran coste económico y la alarma social que genera, no obstante, la pena para los autores del delito es en extremo injusto, pues es irrelevante el monto económico por el que se pecule, la pena siempre será la misma para todos, en este sentido es necesario recordar el análisis que se hizo en capítulos anteriores sobre el Peculado como delito de “cuello blanco”. Según el entendimiento del legislador, el bien jurídico tutelado es “la confianza depositada por el Estado en el servidor”, y esta es una sola, por tanto el mismo daño produce el funcionario que se beneficia con millones de dólares, que el que se apropia de unos cientos. Esto no es tan cierto, pues el monto

abusado producto del Peculado tiene especial relación con el mayor o menor daño infringido a la funcionalidad del Estado y a su economía, del mismo modo es necesario comprender que los funcionarios de alta jerarquía pueden lesionar de manera más grave el bien jurídico tutelado, pues mayor es “la confianza depositada por el Estado” en ellos que en los funcionarios de menor jerarquía, esto es así en razón de las actividades propias que le corresponde a cada nivel jerárquico, a manera de ejemplo la responsabilidad y confianza que tiene un servidor encargado de los dineros de un pequeño municipio, no es comparable con la responsabilidad, la confianza y la cantidad de dinero que puede disponer un Ministro de Estado.

Por tanto a mi apreciación es que lo lógico en aras del principio de Proporcionalidad, sería imponer la pena al peculador, en base a montos previamente establecidos en la ley tal como se hizo dentro de un anteproyecto del Código Orgánico Integral Penal.

Es oportuno mencionar que actualmente se discute el “Proyecto de Ley Orgánica contra la Corrupción” del 25 de agosto de 2017, que en su reforma número dos, propone incrementar la pena de “veinte a veinticinco años” al delito de Peculado, dando muestra que el aumento de las penas en el Código Orgánico Integral Penal, no dio resultado eficaz en la lucha contra la corrupción, y pese a esto, insisten en que el aumento de las penas solucionará un complejo problema. Esta nueva ampliación de la pena es contraria en lo absoluto al principio de Proporcionalidad, pues en palabras del maestro Enrique Bacigalupo: “el principio de proporcionalidad obliga al legislador a no amenazar la imposición de penas de excesiva gravedad, en relación al bien jurídico protegido” (Bacigalupo, 1999, p.252). El exceso en el que pretende incurrir el legislador nos hace reflexionar que el bien jurídico protegido del Peculado que es “la confianza depositada por el Estado en los servidores públicos”, es igual al bien jurídico “vida” tutelado en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal que trata el Asesinato, cuyo cometimiento se sanciona con pena privativa de la libertad de “veintidós a veintiséis años”. El legislador nos da a entender que merece similar quien traiciona la confianza del Estado y quien quita la vida a una persona, situación a mi parecer injustificable. Esto obedece a una cuestión práctica y facilista de parte del legislador y los encargados de la política criminal del Estado, pues es sumamente sencillo “tratar” el problema incrementando las penas y dotando de una falsa seguridad a la ciudadanía, que realizar una restructuración profunda del servicio público, las entidades de control y demás órganos a fines.

El Dr. Manuel Abanto refiriéndose al tratamiento penal de los delitos contra la Administración Pública (entre ellos el Peculado) nos dice:

En el “control” o la “lucha” contra los delitos contra la administración pública, no son suficientes las herramientas penales; es más, la tarea de control más importante ni siquiera es penal. Como es sabido desde hace tiempo, por ejemplo en el caso de los delitos de “corrupción de funcionarios”, la mejor manera de contenerlos consiste en garantizar una mayor “transparencia” en la actividad funcional, una mejor remuneración para los “funcionarios”, una mejor regulación de las “incompatibilidades” para ejercer cargos públicos, etc. Pero se puede decir que también la “impunidad” retroalimenta, da alicientes, para la

comisión más frecuente de delitos contra la administración pública. (Abanto, s.f., p. 6).

Con respecto al principio de Proporcionalidad y los jueces, en el Ecuador como siempre enalteciendo las pocas y valiosas excepciones, se ha dejado mucho que desear, pues la falta de independencia y la corrupción lastimosamente campean en este sector, tal como lo avizora la Fundación para el Debido Proceso que en unos de sus informes sobre la falta de independencia judicial en el Ecuador dice:

Entre las principales injerencias o interferencias podemos encontrar las siguientes: declaraciones públicas de autoridades no judiciales, asistencia a ciertas audiencias de representantes de otro poder o función, políticas o disposiciones no escritas contrarias a la supremacía constitucional, influencia de los medios de comunicación y actos de corrupción de operadores judiciales. (DPLF, 2013, p. 126).

Un breve ejemplo de esto es el caso que ha sido materia de estudio dentro de este trabajo, en donde un funcionario en circunstancias no muy claras, obtiene para sí la cantidad de mil quinientos dólares sin tener los bienes como es requisito en “virtud o en razón de su cargo”, sin embargo la Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, lo condena a cuatro años de prisión (en base a las atenuantes) como autor de Peculado. En contraposición a este caso, un ex Ministro de Deportes, que habría permitido el desfalco al Estado, por cerca de \$ 100.000,00, ha sido condenado a tres meses de prisión.

El Dr. Ramiro J. García Falconí en una columna de opinión en diario El Universo en un sentido similar al anterior con respecto a las penas en el delito de Peculado, enfatiza:

La existencia de un sistema judicial penal severo, con leyes draconianas y con un deleznable gusto por las penas gravosas. Sin embargo, esta realidad contrasta con otra diametralmente opuesta, me refiero a aquellos casos en los cuales allegados a la estructura gobernante o a esquemas de poder, se encuentran involucrados. En este caso nuestros jueces, cual vírgenes tiernas y comprensivas, dulcifican su actuación hasta los límites del prevaricato (García, 2016, p.1).

4.2 Proporcionalidad en la imprescriptibilidad de la acción y juzgamiento en ausencia

El artículo 233 de la Constitución establece entre otros delitos contra la Administración Pública, que La acción para perseguir el Peculado y las penas correspondientes son imprescriptibles y que el juicio se iniciara aun en usencia del procesado, de similar manera el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal, en su numeral 4 expone que: “Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena”. Nuevamente apreciamos que el

legislador, le tiene un especial recaudo al Peculado, y lo equipara con los delitos de Genocidio y Lesa Humanidad, cuya gravedad y trascendencia social es imposible de comparar con el Peculado de manera que en este sentido existiría desproporcionalidad, pues la razón de establecer acciones y penas imprescriptibles a los delitos antes mentados, es justamente ponderar el bien jurídico “vida”, por encima incluso del principio de Legalidad, tal como sucedió en los juicios de Núremberg. Pienso que en lugar de buscar a toda costa el endurecimiento de las penas y la normativa alrededor del Peculado, se debería procurar un eficaz control de parte de los entes llamados a fiscalizar los actos de la Administración Pública, pues como ya apreciamos de casos anteriores, pese a la rigurosidad de las sanciones, el delito va en aumento, mientras no exista una independencia real de las funciones del Estado, los poderosos seguirán impunes, dotando de un sin sentido a las normas.

Con respecto al juzgamiento en ausencia el Dr. Ricardo Vaca Andrade, sintetiza lo positivo y negativo de esta disposición, y toma como negativo la afección del derecho a la defensa, al derecho de presunción de inocencia, formulaciones de juicio de valor por parte de los juzgadores, si haber escuchado al procesado, imposibilidad de rebatir alegatos, y la imposibilidad de llegar a la verdad. Mientras que como aspecto positivo sería evitar que el poder punitivo del Estado, quede burlado por la paralización del proceso penal. (Vaca, 2009, p.1).

Con respecto a lo anotado, las afecciones a derechos fundamentales son mayores que el beneficio que esta norma trae, cabe recalcar que el juzgamiento en ausencia formalmente evita la impunidad, pero en el fondo no deja de ser más que otra norma aportada por el populismo penal, y que es contraria en todo sentido al principio de Proporcionalidad.

4.3 Proporcionalidad en la incapacidad de por vida para ejercer todo cargo público y todo cargo en entidad financiera

El inciso final del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal dice: “Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitados o incapacitadas 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.”, ante esta disposición, reiteramos en lo dicho por el Dr. Francisco Muñoz Conde en relación al análisis de dosimetría penal realizado sobre un proyecto de Código Penal ecuatoriano, en donde expresamente se refería a la inhabilitación perpetua para quien cometiera Peculado y lo hacía de la siguiente manera:

Debe limitarse la duración de la incapacitación, que aquí sí prevé expresamente, y poner un límite temporal máximo de por ejemplo 15 años, pues una pena cualquiera que ésta sea no debe ser nunca impuesta de un modo perpetuo, “de por vida”, sin dejar ningún resquicio a la posibilidad de una rehabilitación del condenado. (Muñoz, 2013, p.31)

Es clara la posición del Dr. Muñoz Conde y pienso que va de la mano del principio de Proporcionalidad, aldaño a esto el artículo 201 de la Constitución nos dice

que “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.”

La disposición contemplada en el inciso final del artículo 278 entra en claro conflicto con esta norma, pues el condenado por Peculado, nunca se rehabilitará ni podrá reinsertarse con normalidad a la sociedad, siempre llevará ese estigma consigo, lo que impediría un normal desarrollo de sus derechos fundamentales.

Se puede concluir que en el delito de Peculado, no existe un trato adecuado en relación al principio de Proporcionalidad, pues si bien el Código Orgánico Integral Penal consagra a este principio como rector, la práctica demuestra lo contrario, ya que las arbitrariedades y menoscabos a derechos fundamentales son amplias, y de ninguna manera se justifican, pues a mi criterio la restricción de derechos es mayor al daño causado al bien jurídico tutelado.

Conclusiones

1.- El Peculado es una institución jurídica cuyo origen es de larga data, y surge de la necesidad de precautelar los bienes públicos. Es con el Derecho Romano concretamente el Derecho Cesáreo, que se sanciona con mayor severidad el Hurto de los bienes públicos, si es cometido por quien tenía la custodia de los mismos.

2.- El Peculado en el Ecuador, a través de sus distintos Códigos Penales ha ido variando ligeramente, sin embargo, a partir de finales del siglo veinte hasta la actualidad ha tenido un cambio sustancial, tanto en la forma de tratar este delito, así como la introducción del Peculado Financiero.

3.- El Peculado en el Código Integral Penal, constituye un solo artículo, que abarca el Peculado General y el Peculado Financiero, la pena por el cometimiento de este delito se incrementa y su alcance con respecto a los sujetos activos del delito se amplía a los funcionarios, servidores, ejecutivos, directores del Sistema Nacional Financiero.

4.- Existe legislación concordante al tipo penal contenido en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, que tienen una influencia grande sobre este, tal como los artículos de la Constitución, el Código Orgánico Monetario y Financiero, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

5.- Conforme a la nueva concepción de delitos de “cuello blanco”, podemos entender que esta ya no solo hace alusión al poder económico, sino también incube al poder político.

6.- Mediante el análisis de los rasgos de los delitos de “cuello blanco”, se concluye que tanto el Peculado General como el Peculado Financiero forman parte de estos, pues comparten características esenciales como ser cometido por personas de alto poder político y económico, así como el alto grado de impunidad.

7.- Del análisis se puede comprender que existe una falsa delincuencia de “cuello blanco” en el Peculado, pues existen personas que pese a ser funcionarios o servidores públicos o privados pertenecientes al Sistema Nacional Financiero, no gozan de poder político o económico por ser de una menor jerarquía, lo que se deriva en que todo el ius puniendi del Estado recaiga sobre ellos, y permita la impunidad de los verdaderos delincuentes de “cuello blanco”.

8.- Los elementos básicos del tipo de peculado son que la acción que debe ser ejecutada por un empleado público o una persona encargada de un servicio público, que, por parte del sujeto activo, exista además de un abuso de dinero, efectos, piezas, títulos, documentos y que ese dinero, efectos, piezas, títulos, documentos, hayan estado en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo.

9.- El tipo penal Peculado produce confusión respecto al Peculado General y al Peculado Financiero, en concreto por el bien jurídico protegido, pues se confunde los bienes públicos, con los bienes del público

10.- En el Código Orgánico Integral Penal, encontramos que el sujeto activo de Peculado puede ser público o privado si está vinculado con el Sistema Nacional Financiero y el sujeto pasivo del delito pueden ser dos, en primer lugar, el Estado, y en segundo lugar los dineros de las personas contenidas en las instituciones del Sistema Nacional Financiero.

11.- El objeto del delito de Peculado en el Código Orgánico Integral Penal, ya no solamente se refiere a dineros y a bienes muebles e inmuebles, sino también a información reservada a la que tiene acceso el funcionario en virtud o en razón de su cargo.

12.- En nuestra legislación se contempla el Peculado doloso, no el culposo.

13.- La participación del extraneus en los delitos especiales, solo puede ser en grado de cómplice y nunca de autor, conforme a la postura acogida del Dr. Francisco Muñoz Conde.

14.- La forma en como está constituida la figura del Peculado en la legislación ecuatoriana, permite que el extraneus pueda ser juzgado como autor de un delito especial.

15.- Del caso analizado se desprende que existe arbitrariedad y un afán irracional de parte de Fiscalía, y Contraloría General del Estado de sancionar por Peculado a quien no lo ha cometido, con argumentos no apropiados.

16. Conforme el caso práctico analizado, el delito de Peculado no es aplicado conforme el tipo penal establecido, el juzgador, no hace el adecuado análisis, y sanciona con una motivación pobre y carente de sentido contraria a Derecho.

17.- El principio de Proporcionalidad es la máxima garantía de los Derechos Humanos y constituye un freno al ius puniendi del Estado, sin embargo, en el delito de Peculado al ser el Estado juez y parte, este principio se ha menoscabado en gran medida.

18.- La función resocializadora de la pena, contemplada en nuestra Constitución no se cumple debido a lo precario de las cárceles, y la inhabilitación perpetua del funcionario o servidor público o privado del Sistema Nacional Financiero que cometen este delito.

Recomendaciones

- 1.- Fortalecer los sistemas de control como lo son Contraloría General del Estado, Función de Transparencia y Control Social, para que fiscalicen de manera correcta y sobre todo impedir que exista injerencia política y económica en estos entes de control.
- 2.- Suprimir como requisito de procedibilidad el informe de Indicios de Responsabilidad Penal de Contraloría General del Estado y permitir el actuar oficioso de Fiscalía.
- 3.- Constituir al Peculado Financiero como un tipo penal autónomo del Peculado General y que como corresponde conste dentro de los delitos financieros.
- 4.- Clarificar la normativa con respecto al autor del delito de Peculado, para impedir confusiones y se pueda sancionar de manera correcta a quién corresponda.
- 5.- Establecer escalas para la pena privativa de la libertad de acuerdo al monto en que se ha perjudicado al Estado, con el fin de que se respete el principio de Proporcionalidad.
- 6.- Evitar el aumento de penas privativas de la libertad para el Peculado como un método poco adecuado de Política Criminal, y en su lugar implementar medidas más acordes que permitan el reintegro social del peculador menor, y sancione justamente al peculador inmiscuido dentro de los delitos de “cuello blanco”.
- 7.- Evitar a toda costa, la injerencia política dentro de la Función Judicial.
- 8.- Realizar un estudio profundo del Peculado como delito de “cuello blanco”, para una correcta Política Criminal y en función de esto aplicar Políticas Públicas que den verdaderos resultados.

Bibliografía

- Abanto M. (s.f.). EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA [Archivo Doc.]. www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc
- Albán E. (2016). MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO: PARTE ESPECIAL [ARCHIVO PDF]. <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/ALban-Ernesto-Manual-de-derecho-Penal.pdf>
- Alcocer E. (2016). LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO, COMENTARIOS A PARTIR DEL CASO MONTESIONOS BEDOYA. [Archivo PDF]. Recuperado de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/peculadoalcocer.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2016) Constitución de la República del Ecuador. Guayaquil, Ecuador: Editorial Cervantes Cía. Ltda.
- Asamblea Nacional. (2010) Ley Orgánica del Servicio Público. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bacigalupo E. (1999). Principios constitucionales del derecho penal. Buenos Aires - Argentina. Editorial: Hammurabi
- Botero A. (s.f.). LA TEORÍA UNIFICADORA DIALÉCTICA DE ROXIN A LA LUZ DE BECCARIA. [Archivo PDF]. <http://www.rtf.es/numero5/16-5.pdf>
- Burgos, A. (2015). Revista de Ciencias Jurídicas N0 138. (pp. 57-88) [Archivo PDF]. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/22823/23303>
- Calvachi R. (2000). Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia. El peculado bancario. (pp. 98-107). Quito-Ecuador. Editorial: Universidad San Francisco de Quito. [Archivo PDF]. <http://vlex.com/source/iuris-dicto-revista-colegio-jurisprudencia-6549>|zAcceso restringido
- Calvachi R. (2000). Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia. El peculado bancario. (pp. 98-107). Quito-Ecuador. Editorial: Universidad San Francisco de Quito. [Archivo PDF]. <http://vlex.com/source/iuris-dicto-revista-colegio-jurisprudencia-6549>|zAcceso restringido
- Carbonell M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito – Ecuador. V y M Gráficas
- Colomer D. (2016). La responsabilidad del extraneus a título de autor. [Archivo PDF]. Recuperado de https://www.academia.edu/30607056/La_responsabilidad_del_extraneus_a_t%C3%A1tulo_de_autor
- Criollo G. (2011). EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD EN EL DERECHO PENAL. [Archivo Web]

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopena/2011/04/13/el-conocimiento-de-la-antijuricidad-en-el-derecho-penal>

Cueva L. (2007). PECULADO TOMO II: Teoría, Práctica y Jurisprudencia. Quito – Ecuador: Cueva Carrión.

Cueva, L. (2006). Peculado Tomo I: Teoría, Práctica y Jurisprudencia. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva-Carrión de la Cuesta P. (1998). Tipicidad e imputación objetiva. Mendoza – Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo [Archivo Web]. <https://books.google.com.ec/books?id=BZ7xpBKC25wC&pg=PA112&lpg=PA112&dq=El+que+act%C3%BAe+como+administrador+de+hecho+o+de+derecho+de+una+persona+jur%C3%ADdica,+o+en+nombre+o+representaci%C3%B3n+legal+o+voluntaria+de+otro,+responder%C3%A1+personalmente,+aunque+no+concurran+en+%C3%A9l+las+condiciones,+cualidades+o+relaciones+que+la+correspondiente+figura+de+delito+requiera+para+poder+ser+sujeto+activo+de+l+mismo,+si+tales+circunstancias+se+dan+en+la+entidad+o+persona+en+cuyo+nombre+o+representaci%C3%B3n+obre&source=bl&ots=v5G8Sqaiya&sig=UFnERlukdZPcadIWVphJuhCqmls&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiV8q6-nuDWAhXIZCYKHb-4DEEQ6AEIQTAF#v=onepage&q&f=false>

Dona E. (2000). Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Buenos Aires – Argentina. Rubinzal-Culzone Editores.

Donna A. (1995). Teoría del delito y de la pena: Imputación delictiva. Buenos Aires – Argentina. Editorial: Astrea

Donna A. (2002). LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION CRIMINAL: Segunda edición ampliada y profundizada. Buenos Aires – Argentina. Rubinzal - Culzoni Editores

Donna, A. (2012). Derecho Penal Tomo III: Parte Especial. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

Eduardo, A. (2009) La autoría y participación en el delito de peculado Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. REVISTA ACTUALIDAD JURÍDICA N° 142 (pp. 97-103) [Archivo PDF]. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/4ciclo/temas_de_derecho_penal_parte_especial_II/materiales/pariona/4.%20Eduardo%20Alcocer%20-%20Peculado.pdf.

Encalada P. (2015). TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DELITO: Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal. Quito – Ecuador. Editorial: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Ferré Olivé, J. C. (2001). AUTORÍA Y DELITOS ESPECIALES. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", Vol. 1, pp. 1013-1026. Recuperado de <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/52.pdf>

Fuentes H. (2014). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Recuperado de URL



http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002

Fundación para el Debido Proceso. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Washington – Estados Unidos de América. Editorial: DPLF

García F. (s.f.). **La Proporcionalidad de las Penas. Revista Judicial: Derecho Ecuador.** **Recuperado de** **URL**
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopena/2012/11/26/la-proporcionalidad-de-las-penas>

García J. (2016). “¿Dosimetría penal?”. **Recuperado de** **URL**
<http://www.eluniverso.com/opinion/2016/05/09/nota/5569719/dosimetria-penal>

García P. (2009). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. [Archivo PDF]. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf

Gilbert, G. (2012). EL DELITO DE CUELLO BLANCO COMO CONCEPTO ANALÍTICO E IDEOLÓGICO. [Archivo PDF]. Recuperado de [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/el delito de cuello blanco como c oncepto anlítico e ideologico.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/el%20delito%20de%20cuello%20blanco%20como%20concepto%20analtico%20e%20ideologico.pdf)

Gómez V. (2003). "Los delitos especiales" (Tesis Doctoral). Universidad de Barcelona. Barcelona. [Archivo PDF]
<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/41556/3/TESIA.pdf>

Kuri D. (2016). Algunas observaciones sobre el peculado y el IESS. [Archivo Web] <http://www.eluniverso.com/opinion/2016/02/20/nota/5413716/algunas-observaciones-sobre-peculado-iess>.

LEXIS (2017). Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional. Quito, Ecuador. Recuperado de <http://esilecdata.s3.amazonaws.com/Comunidad/Leyes/CODIGO%20ORGANICO%20INTEGRAL%20PENAL,%20COIP%20Reformado%20el%202004-JUL-2017.PDF>

Marcos, A. (2005). Pecunia. Historia de un vocablo. PECVNIA (pp. 1-12) [Archivo PDF]. Recuperado de revpubli.unileon.es/index.php/Pecvnia/article/download/4212/3133

Martínez P. (2013). La Resocialización del Delincuente. [Archivo PDF]. http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/106276/TFG_2014_MARTINEZ%20BLANCH.pdf

Muñoz F. (2010). Derecho Penal, Parte General: 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia – España. Editorial: tirant lo blanch

Muñoz, F. (2013). INFORME SOBRE LA DOSIMETRIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL ECUATORIANO EMITIDO POR EL PROF. DR. DR. H.C. MULT. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE, SEVILLA,



ESPAÑA, A PETICION DEL SR. SECRETARIO DE DESARROLLO NORMATIVO, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS DE ECUADOR, DR. JUAN CARLOS CHAVEZ BAÑOS. [Archivo PDF]. Recuperado de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/23092014/dp-dosimetria.pdf

Nivaldo B. (2009). Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid - España

Omeba, E. J. (1982). P Tomo V: Pecualdo. Buenos Aires, Argentina: Driskill.

Orellana O. (1999). La individualización de la pena de prisión. [Archivo PDF]. <http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>

Pablos A. (1995). EL DERECHO PENAL HOY. (pp.545-565). Buenos Aires – Argentina. Editores del Puerto.

Peña A. (2014). DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL, Segunda Edición. Lima – Perú: Editorial: IDEMSA

Pérez, A. (1992). FUENTES ROMANAS EN LAS PARTIDAS. REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO 4. (pp. 215-246) [Archivo PDF]. Recuperado de <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/27869/1/04%20Fuentes%20romanas%20en%20las%20Partidas.pdf>

Piedecabras, S. y Ramón J. (2003). Manual de teoría jurídica del delito. San Salvador, El Salvador: Editorial Consejo Nacional de la Judicatura,

Pino I. (2010). La figura del delincuente de cuello blanco en la criminología en general. [Archivo PDF]. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/45558934/La-figura-del-delincuente-de-cuello-blanco-en-la-criminologia-en-general>.

Ramos C. (2013). DELITOS FINANCIEROS Y ECONÓMICOS. Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Honduras. [Archivo PDF] <file:///C:/Users/EQUIPO/Downloads/1258-4468-1-PB.pdf>

Raza E. (2008). El peculado bancario en la crisis financiera de 1998. Quito – Ecuador. EDICIONES ABYA-YALA

Reategui, J. (2012). El Peculado. En J. Boix Reig (ed.), Derecho Penal Parte Especial Vol. II: Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden económico. (pp.1059-1120). Madrid – España. Editorial: Iustel

Roxin C. (1997). DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I: FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña. Madrid – España. Editorial: CIVITAS

Salinas R. (2017). EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PERUANA. [Archivo PDF]



<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/DELITO-DE-PECULADO-RAMIRO-SALINAS-SICCHA.pdf>

- Sanchez J. (2006) Los delitos de infracción de deber. [Artículo Web]. Consultado el 29 de septiembre de 2017. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/los-delitos-de-infraccion-de-deber/+1882>
- Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. Vniversitas. (pp. 692-746) [Archivo PDF]. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510718.pdf>
- Stone, M. (1992). DESDE LAS SIETE PARTIDAS A LOS CÓDIGOS CIVILES NORTEAMERICANOS. *Actas del XI Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*. (pp. 25-33) [Archivo PDF]. Recuperado de http://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/11/aih_11_3_005.pdf
- Suprema Corte de Justicia de México (1957). Semanario de la Suprema Corte de Justicia, quinta época, primera sala, CXXXI. [Archivo Web] <http://www.jurisconsulta.mx/index.php/JurisprudenciaSCJN/ViewTesis?iD=101757>
- Sutherland E. (1999). EL DELITO DE CUELLO BLANCO Traducción del inglés de Rosa del Olmo. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría., Madrid – España: Ediciones Endymion.
- Vaca A. (2009). EL JUICIO EN AUSENCIA. **Recuperado de URL** <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>
- Vaca, R. (2009). EL JUICIO EN AUSENCIA. Recuperado de <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>
- Valdivieso, S. (2017). Los Procesos Penales: Los Procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal. Cuenca, Ecuador: Editorial Carpol.
- Yvancovich B. (2013). Diálogo con la Jurisprudencia, (pp. 333-335).. Lima- Perú. Gaceta Jurídica Tomo 181 [Archivo PDF]. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/309105578/Elementos-tipicos-del-peculado#>
- Zabala J. (2015). PECULADO GENERAL Y BANCARIO: DE UN PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL A UN ESTUDIO DOGMÁTICO DEL COIP. Quito – Ecuador. Murillo Editores
- Zaffaroni E. (2002). Derecho Penal Parte General, segunda edición. Buenos Aires – Argentina. Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Zambrano A. (2009). Política Criminal. Lima – Perú: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- Zambrano, P. (2014). ESTUDIO INTRODUCTORIO AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. REFERIDO AL LIBRO PRIMERO. PARTE ESPECIAL TOMO II. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.