

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

AUTOR: César Bayardo Paredes Escobar

Quito

2007-2009

AUTORIZACIÓN

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

César Bayardo Paredes Escobar
Septiembre de 2009

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

AUTOR: César Bayardo Paredes Escobar

TUTOR: Dr. LENIN PEREZ MEDINA

Quito

2007-2009

ABSTRACT

La presente investigación, trata de conocer al servidor público, su naturaleza jurídica-administrativa, clases, así como su rol frente a la administración pública; se estudia el servicio público como actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, bien sea que su prestación este a cargo del Estado directamente, de concesionarios o mediante procedimientos peculiares del derecho público.

Trata de las disposiciones constitucionales referente a la función pública, sus organismos y dependencias, las servidoras y servidores públicos que actúan en virtud de una potestad estatal, las competencias y facultades que les atribuye la Constitución y la ley.

Dentro de las responsabilidades se puntualiza las tres principales que son: La administrativa, civil y penal y la competencia que ejerce la Contraloría General del Estado en estos casos.

En lo referente al peculado, se realiza una síntesis histórica, citando varios conceptos y los comentarios, su clasificación en peculado propio, impropio, por uso oficial diferente, lo que permite conocer de manera objetiva cada uno de estos delitos. Se presenta el peculado en el Ecuador, su evolución a través de los Códigos Penales y los cambios que se han venido presentando a través del tiempo, se ha identificado el peculado bancario en nuestra legislación, el que se aparta de la figura de la malversación de fondos.

En esta tesis se ha determinado que el delito de peculado es eminentemente doloso, por cuanto agota toda la fase del iter crimines; mientras que, lo que conocemos como peculado culposo, que está inmerso netamente dentro del campo administrativo.

Se concluye con las conclusiones y recomendaciones de rigor.

DEDICATORIA

A Gissela, mi hija, como soporte y ejemplo de su carrera estudiantil.

A Jacqueline, mi compañera, esposa y amiga; con quien comparto la vida, a quien debo mis triunfos y es soporte en mis momentos de pesar.

INDICE

AUTORIZACIÓN.....	2
CARATURA 2.....	3
ABSTRACT.....	4
DEDICATORIA.....	5
INDICE.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8

CAPITULO I

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1.1.- Concepto de servidor público.....	11
1.2.- Concepto de servicio público.....	15
1.3.- La función pública y su relación con la Constitución de la República del Ecuador	16
1.4.- Responsabilidades de los funcionarios públicos.....	17
• Responsabilidad Administrativa.....	20
• Responsabilidad Civil.....	21
• Responsabilidad Penal.....	24

CAPITULO II

EL PECULADO

2.1.- Antecedentes Históricos.....	27
2.2.- Concepto-Etimología.....	31
2.3.- Clasificación de Peculado.....	35
• Peculado Propio e Impropio.....	35
• Peculado por Aplicación Oficial Diferente.....	37

• Peculado por Sustracción o Expropiación.....	41
2.4.- Análisis del Delito de Peculado.....	42
CAPITULO III	
EL PECULADO EN EL ECUADOR	
3.1.- Evolución del Peculado a través de los diferentes Códigos Penales	
• Historia del Delito de Peculado en el Ecuador.....	55
• Los Códigos Penales de 1.871, 1.889, 1.906 Y 1.938.....	57
• El Tercer Código Penal.....	59
• El Cuarto Código Penal.....	59
• El Quinto Código Penal.....	59
• El Código Penal de 1.953 y el Código de Procedimiento Penal de 1.955.....	60
• Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.960.....	60
• Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.971.....	61
3.2 El Peculado Financiero y Bancario.....	66
• CASO INICIAL.....	68
• Las infracciones económicos-penales de las instituciones bancarias.....	70
• Hipótesis en que el Banco es la víctima de la concesión de crédito.....	71
• El Banco se presenta como mero instrumento de la infracción.....	72
3.3. Semejanzas y diferencias entre Peculado y Malversación de Fondos.....	74
3.4.- Sanciones.....	76
Conclusiones.....	78
Recomendaciones.....	79
Bibliografía.....	82

INTRODUCCIÓN

Desde antes que el Imperio Romano estuviera en su esplendor, la apropiación, desviación o utilización indebida de los fondos públicos, por parte de quienes tenían en sus manos la administración de la cosa pública, se los ha considerado como actos reprochables, los cuales se han constituido en verdadero azote a través del tiempo en la sociedad, lo que ha incidido en el desarrollo de los pueblos.

Estos actos indebidos de malos servidores públicos, se ha convertido en práctica común, lo que ha generado un gran impacto social, en ciertos casos ha trascendido las fronteras, varios son los presidentes y funcionarios de alto rango que se han refugiado en estados que les abren las puertas, los protegen con el llamado asilo político, tenemos casos emblemáticos como los de Bucaram, Mahuad entre otros grandes personajes de la política como del sector financiero.

Cuando los servidores de los organismos, entidades del sector público, toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista abuso, desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, nuestro legislador lo ha tipificado como “peculado”

Esta conducta impropia de los servidores públicos, ha tenido una mayor incidencia en países del llamado tercer mundo; basta ver los diferentes medios de comunicación que imparten información que nos permiten enterarnos de los actos bochornosos en los que se han visto implicados gobernantes, administradores del Estado y sus parientes.

Nuestro país no ha sido la excepción, tal es el caso que la Constitución de 1998 inclusive creó la Comisión Cívica Contra la Corrupción¹, organismo que persiguió a

¹ Constitución Política.- [Art. 220](#).- La Comisión de Control Cívico de la Corrupción es una persona jurídica de derecho público, con sede en la ciudad de Quito, con autonomía e independencia económica, política y administrativa. En representación de la ciudadanía promoverá la eliminación de la corrupción; receptorá denuncias sobre hechos presuntamente ilícitos cometidos en las instituciones del Estado, para

quienes se decía habían cometido actos reñidos con la ley en perjuicio del erario público; la Constitución en actual vigencia, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se ha creado el referido Consejo con similares funciones. Esto nos lleva a pensar que es tan grande el problema en nuestro país que hemos necesitado de disposiciones constitucionales y legales, de la creación de entes burocráticos que luchan contra la actuación dolosa de muchos servidores públicos, e inclusive declarando como política de Estado la lucha contra la corrupción en la administración pública.

Los gobernantes de turno, en su discurso político insisten en que uno de sus objetivos primordiales es la erradicación de la corrupción, particularmente del peculado, con este objetivo se han dictado normas tendientes al endurecimiento de las penas en la sanción a los malos servidores que se encuentran incurso en este tipo de delitos, declarando incluso su imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, en amparo de la constitución.

En estos últimos tiempos, las instituciones del sistema financiero ecuatoriano, tanto público como privado, han sido protagonistas de primer orden en este delito, en especial sus administradores; sin olvidar por supuesto, que por su culpa vivimos un feriado bancario, en complicidad con funcionarios de alto rango, representantes de la función ejecutiva de ese entonces, así como de dignatarios, los montos en el desvío de fondos en el sistema bancario han sido muy superiores a los perpetrados en el sector público, siendo esta una cruenta realidad que nos toca vivir.

Para llegar al peculado en la forma concebida por el Código Penal vigente, es necesario hacer un recuento histórico del apareamiento de este acto como figura jurídica punible, ello nos llevará a conocer de manera clara, determinada, la apropiación indebida de los dineros, bienes del Estado, así como por ejemplo: El peculado por apropiación, por uso, el peculado culposo, así como si se encuentra vigente el peculado por omisión en nuestro país; también es necesario conocer, analizar la conducta de los servidores públicos frente a su trabajo, observando las normas de la Constitución de la República del Ecuador, en aplicación del debido proceso en el juzgamiento de este delito.

investigarlos y solicitar su juzgamiento y sanción. Podrá promover su organización en provincias y cantones. (...)

Ha sido, es de gran interés por parte de los estudiosos de la ciencia jurídica este tema, naturalmente se ha vuelto un delito que acarrea gran expectativa, el conocer, saber, juzgar el peculado, si los resultados contra este mal han sido alentadores o por el contrario ha quedado en la mera retórica y discurso político, por ende en la impunidad; por ello esta investigación permitirá dar a conocer de una forma concreta, los funcionarios que han perpetrado esta clase de delitos, la normativa legal aplicable para sancionarlos.

CAPITULO I

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

1.1.- *Concepto de servidor público*

El tratadista Italiano Orlando citado por el profesor Aurelio García, define al empleado público como: “El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica”.²

Ciertamente, el empleado hoy servidor público, es el ciudadano que se encuentra vinculado a la Administración Pública de manera permanente, percibiendo una remuneración fija, al amparo de las leyes y reglamentos que rigen su vida jurídica-administrativa, con los derechos, las obligaciones a que se encuentran sujetos, tales como la carrera administrativa, las indemnizaciones por supresión de puestos, separación voluntaria, por jubilación, etc.

Dentro de las obligaciones de los servidores públicos, se encuentran aquellas que cita la *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de Unificación, de Homologación de los Servidores Públicos, con su reglamento.*

² GARCÍA, Aurelio: *Ciencia del Estado*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, cuarta edición, tomo II, , Quito, 1979, pág. 133 y 134

El servidor público tiene en su puesto de trabajo un medio permanente de vida, que le permite atender la subsistencia y necesidades tanto personales como las de su familia, convirtiendo a su empleo en su profesión u oficio.

Como referente en la legislación comparada en este tema encontramos definiciones más amplias así la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de España, en su Artículo 82, numerales 1 y 2 expresan que “son funcionarios públicos, quienes, previa oposición o concurso, presten en ellos, (Instituciones y Organismos del Sector Público) servicios permanentes, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.

Por otra parte, la Ley de Régimen Local vigente en España, en su Artículo 319 manifiesta que son funcionarios de la administración local, los que en virtud de nombramiento legal desempeñan en las entidades u Organismos que la constituyen servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos”.³

En las citadas definiciones aparecen dos características, una objetiva, otra de carácter netamente jurídico; en la primera se refiere al funcionario público que presta sus servicios profesionales los cuales son retribuidos económicamente. (La retribución es inherente a la profesionalidad); mientras la segunda es el vínculo que une al servidor público con el Estado, regulado por las leyes .en el campo administrativo.

³ BOQUERA Oliver, José María: *Derecho Administrativo*, volumen I, segunda edición, s.e. , Madrid-España, 1977, pp. 236, 237, 238, 240 y 241

Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que:

“Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.”⁴

En este concepto encontramos un conjunto de características de diferente índole, así tenemos: los funcionarios que son nombrados mediante Decreto Ejecutivo, que son aquellos considerados de mayor jerarquía, de libre nombramiento y remoción por parte del Gobierno Central, como son los Ministros de Estado, los Cancilleres o Embajadores o los representantes del Ejecutivo ante los diferentes organismos del sector público; así como los de elección que sin ser nombrados directamente por el Presidente de la República, éste envía una terna al denominado Quinto Poder (Régimen de Transición y Control Social), a fin de que procedan a la designación de las primeras Autoridades de los Organismos de Control, como son los de la Contraloría General del Estado, Los Superintendentes de Bancos y de Compañías, los Gerentes de las Entidades Bancarias, etc.

Cabe destacar que, tanto la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, diferencian al funcionario del empleado público; así al primero, en base a su título o su especialidad, realiza trabajos de índole intelectual o profesional, tenemos en este grupo a las autoridades y los funcionarios que se encuentran tras de un escritorio; en tanto a

⁴ BIELSA Rafael: *Derecho Administrativo*, sexta edición, tomo III, s.e. , Buenos Aires-Argentina, 1980, p. 11

los segundos, se los considera aquellos que realizan trabajos de tipo manual o material, en este grupo se encuentran los conserjes, los chóferes, todos aquellos que realizan actividades que no requieran título profesional.

(Los chóferes con la expedición de LOSCCA, se encuentran dentro del nuevo régimen administrativo); finalmente, hay que diferenciar que los primeros se rigen por las leyes administrativas, los segundos se encuentran bajo el régimen de las leyes laborales, es decir del *Código del Trabajo*.

Cueva Carrión realiza un comentario en referencia al tema propuesto: “En el inciso tercero del art. 2 de la anterior *Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa* lo definía así: “Servidor público es todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones a las que se refiere el inciso primero de este artículo.

Esta ley tiene un acierto en cuanto al servidor público: a) Un ciudadano ecuatoriano; b) Que ha sido nombrado legalmente; c) Que presta sus servicios bajo una remuneración; y, d) Que tales servicios los desempeña en las dependencias Estatales, las instituciones de Derecho Público y las de Derecho Privado con finalidad social o pública, puesto que a éstas se refiere el inciso primero del artículo citado”⁵

Así mismo este autor indica que para nuestro Código Penal, el servidor público es un sujeto incorporado a la actividad pública.

⁵ CUEVA Carrión, Luís: *Peculado* Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia, primera edición, ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2006, págs. 95 y 107

La incorporación no es arbitraria sino jurídica: puede ser por disposición de la ley, por elección popular, por nombramiento de autoridad competente o por contrato.

Comprendemos a través de estas definiciones que el servidor público es aquel que tiene una relación laboral con el Estado, al cual presta sus servicios lícitos, adquiriendo derechos y obligaciones con el único objetivo de coadyuvar a su desarrollo.

1.2.- *Concepto de servicio público*

Revisaremos varios conceptos que han sido elaborados por diferentes tratadistas los mismos que buscan definir lo que es el servicio público.

Así, Sarria Eustorgio dice: “Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.⁶

Cretella Junior: Citado por Emilio Fernández Vásquez manifiesta: “Servicio público es toda actividad que la persona jurídica directa e indirectamente ejerce, para

⁶ SARRIA Eustorgio: *Derecho Administrativo*, quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 1968, p. 79

satisfacer necesidades colectivas, mediante procedimientos peculiares de derecho público”⁷

Rafael Bielsa establece: “La función pública es lo abstracto y lo general, y el servicio público, lo concreto y lo particular en el sentido de que se actualiza y materializa la función”⁸

La *Constitución de la República*, en el Art. 228, cuando cita el servicio público, dispone que el ingreso se realizará mediante concursos de méritos y oposición, así como los ascensos, la promoción a la carrera administrativa; agrega que se excepcionan los servidores públicos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción.

De los conceptos propuestos tenemos como generalidad que coinciden en la relación del Estado con los particulares como con las personas jurídicas en función de una prestación de servicios que va en beneficio de la sociedad.

1.3.- Disposiciones Constitucionales referentes a la función pública

De conformidad con lo que prescribe el Art. 225 de la Constitución Política de la República del Ecuador, “el sector público comprende:

⁷ CRETELLA Junior: Citado por Emilio Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 703

⁸ BIELSA Rafael: *Derecho Administrativo*, obra citada pag.153

- 1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, legislativa, judicial Electoral de Transparencia y de 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.”⁹

Por su parte el Art. 226 *ibídem*, determina: “que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la *Constitución* y la ley.

Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la *Constitución*”.¹⁰

Estas disposiciones constitucionales definen el sector público, los servidores y la función que estos realizan a favor del estado de una manera clara, consecuentemente encaminan el estudio del tema propuesto.

1.4.- Responsabilidades de los funcionarios públicos

⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008

¹⁰ Constitución citada

El Dr. Manuel María Diez, en su obra *Manual de Derecho Administrativo*, analiza desde el punto de vista del interés público, la responsabilidad, indicando que: “significa observar y cumplir exactamente con la letra de la *Constitución*, las leyes y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad.”¹¹

Con la finalidad de tener una visión clara de este tema, considero pertinente analizar las tres principales responsabilidades de los servidores públicos dentro del servicio público, las que se encuentran clasificadas de la siguiente manera: Responsabilidades Administrativa, Civil y Penal.

Al respecto, el *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, publicado mediante Decreto Ejecutivo 548, en el Registro Oficial No. 119 de 7 de Julio del 2003, en su artículo 56, determina al Proceso de la Determinación de Responsabilidades, de la siguiente manera:

a. En las sanciones a los servidores públicos, pueden presentarse desde una simple multa hasta la destitución del servidor o ambas, que deberá notificarse al servidor sobre las desviaciones detectadas y dentro del plazo que determina la ley, el servidor ejercerá su defensa; la Contraloría General del Estado, establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días, el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días, contados desde el día siguiente de la notificación con la resolución, en donde hará valer sus derechos.

¹¹Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, volumen V, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1975, p. 120.

b. En el caso de la responsabilidad civil culposa, una vez notificado el responsable, éste tendrá el plazo de 60 días para impugnar la glosa; la Contraloría General del Estado, expedirá la resolución dentro del plazo de 180 días, se podrá proponer el recurso de revisión dentro del plazo de 60 días; la Contraloría General en el plazo de 30 días resolverá el otorgamiento o negativa del recurso.

En esta acción, se puede ejercer el derecho a la acción contencioso administrativa, dentro del término de 60 días de haberse fallado dicho recurso de revisión, una vez agotada totalmente la fase administrativa.

Cabe tener presente que el recurso de revisión no constituye requisito previo para impugnar la resolución de la Contraloría, una vez que ésta haya confirmado total o parcialmente la glosa;

c. El reintegro esta tipificado en el artículo 53, numeral 2 de la Ley de la Contraloría y dice que una vez notificada la orden de reintegro al implicado, éste tendrá el plazo improrrogable de 90 días para cumplir con la orden de reintegro o para pedir la reconsideración de dicha orden.

La petición de reconsideración, La Contraloría General en el plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la misma y su resolución será definitiva en la fase administrativa, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa; y,

d. Los indicios de responsabilidad penal se tramitarán conforme lo dispuesto en los artículos 65 al 68 de la citada ley.

Para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios dispuestos por los tribunales o jueces de lo Penal, la Contraloría General del Estado requerirá a las judicaturas competentes que remitan copia certificada de las sentencias y liquidaciones respectivas, vigilará que tales pronunciamientos se ejecuten de manera efectiva.

Ampliando el tema propuesto, realizaremos un análisis más profundo acerca de las responsabilidades así:

1.- Responsabilidad Administrativa.

El Dr. Hernán Jaramillo Ordóñez, en su obra *La Actividad Jurídica de la Administración*, analiza a la responsabilidad administrativa indicando que: *“se le impondrá una sanción al servidor, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda originar de su actuación”*.¹²

La responsabilidad administrativa, es sancionada por la inobservancia que cometen los servidores públicos de las leyes, reglamentos; estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etc., que rigen la vida jurídica de la Institución donde se encuentran prestando sus servicios, básicamente por el incumplimiento de los deberes y atribuciones que comete el servidor público en razón de sus funciones, previstas en la *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de Unificación, de Homologación de Remuneraciones de los Servidores Públicos* y de su Reglamento.

¹² JARAMILLO Herman: *Manual de Derecho Administrativo*, s.e. , Loja Ecuador, 1999, p. 33,

Las normas legales para sancionar este tipo de responsabilidades, se encuentran tipificadas en los artículos 24 y 26 de la ley antes mencionada

En lo referente a la Responsabilidad Administrativa Culposa, *la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* en su artículo 45, contempla que la responsabilidad de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá en base del análisis documentado que se presente por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, en razón de su cargo, así como de las estipulaciones contractuales que por acción u omisión incurran al margen de la Ley.

2.- Responsabilidad Civil.

Proviene de una mala conducta por parte del servidor público que obtiene un lucro indebido en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, un daño o perjuicio a los intereses económicos del Estado o de cualquier otra institución pública o privada que tenga un paquete accionario de más de un 50% de las acciones estatales, en este caso, esta obligado a responder por el acto u omisión que cometió con los bienes de su propiedad, o de terceros, suficientes para cubrir los beneficios adquiridos por estos conceptos.

El origen de la responsabilidad civil del servidor público, está en el enriquecimiento ilícito (lucro indebido), los daños y perjuicios ocasionados al Estado; daños y perjuicios a terceros, esta última modalidad da lugar, a su vez, a la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria del Estado.

Son sujetos de responsabilidad civil, todos aquellos servidores públicos, particularmente quienes manejan recursos o fondos públicos, ya sea que desempeñen un cargo con nombramiento, a contrato o en comisión de servicios en la administración pública.

La responsabilidad civil del servidor público no se constriñe con sus actos como particular, sino a aquellos actos que realizan en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, o con motivo de ellos, lo realiza dolosa o culposamente causando algún daño a los bienes del Estado o a los particulares, con la obligación que éste tiene de repararlos o indemnizarlos ya sea mediante una sanción económica o pecuniaria de conformidad con las leyes aplicables para cada caso.

La extinción de las Responsabilidades Civiles se extinguen: por el pago, por el reintegro del bien motivo de la responsabilidad, previa la aceptación de autoridad competente, que en este caso, serán las Autoridades de la Contraloría General del Estado, por sentencia de Autoridad competente que deja sin efecto la responsabilidad constituida, por pago supletorio del Fondo para indemnizaciones del Erario Nacional, por prescripción delirada por autoridad competente; y por resolución favorable de la Contraloría General del Estado.

La Responsabilidad Civil Culposa.- El artículo 52 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, determina que la responsabilidad civil culposa, nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas

cauteladas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Cabe señalar que en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, in preparación o negligencia.

La responsabilidad civil culposa y ordenes de reintegro se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoria gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado el perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que tengan recursos públicos en más del cincuenta por ciento. (Art. 53 *Ley Orgánica de la de la Contraloría*)

Finalmente, cuando del examen especial que se realice, aparezca la responsabilidad civil culposa de un tercero, esto es de una persona natural o jurídica privada, que, por su acción u omisión ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus

instituciones, como consecuencia de su vinculación con los actos administrativos de los servidores públicos, en estos casos también se establecerán las respectivas sanciones para aquellos implicados en estas irregularidades.

3.- Responsabilidad Penal.

Están consideradas como las transgresiones de la ley por parte de los dignatarios, funcionarios, autoridades y empleados que dan origen a las responsabilidades penal, esta afectará la disciplina del servicio publico, el orden público y el ambiente social.

Incurrir en responsabilidad penal los funcionarios que en ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delito previsto y penado por las leyes penales.

Se presenta una infracción penal en el ejercicio de su cargo, ya sea por acción o por omisión; la intervención del dolo o culpa; y, la previsión del delito, de la pena por de las leyes correspondientes.

El Derecho Penal se encarga de la potestad pública de sancionar y aplicar medidas de seguridad a los autores de las infracciones punibles.

Esa potestad supone, la de regular las condiciones de la sanción o de la aplicación de las medidas aseguradoras como complemento o en sustitución de la pena, esta regulación corresponde al derecho penal sustantivo o derecho penal propiamente dicho.

La responsabilidad penal es la que se imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con culpa o dolo, entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad.

El Código Penal prevé, califica y castiga los hechos delictuosos imputables a los servidores públicos, sea por su participación activa en los mismos o por la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término el de la libertad.

Con las consideraciones expuestas, podemos compenetrar en el análisis de la responsabilidad penal de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, conforme lo explica el Dr. Nelson López Jácome, citado por el Dr. Jaramillo en su libro, *La Responsabilidad Administrativa y Penal*, quien manifiesta: “cuando la acción u omisión del servidor público configura la tipificación de un delito, son, sin duda, las más graves, por cuanto lesionan el bien social, tipifican una conducta antisocial y repercuten en el orden público, solo los jueces están en la capacidad constitucional y legal de establecer definitivamente la responsabilidad penal en contra de éstos ciudadanos que han cometido esta clase de ilícitos.

Los siguientes delitos se encuentran tipificados en la administración pública: El peculado, la malversación de fondos públicos, el cohecho, la concusión, el enriquecimiento ilícito y la Adjudicación Ilícita. ¹³

¹³ JARAMILLO Herman: *Manual de Derecho Administrativo*, s.e. , Loja Ecuador, 1999,

Corresponde a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo que establece el artículo 212 de la *Constitución de la Republica*, la potestad exclusiva de determinar responsabilidades administrativas, civiles y culposas, Pero en cuanto a las responsabilidades penales solo está facultada para determinar indicios de las mismas.

La Contraloría, es la Institución encargada del seguimiento permanente y oportuno del control de los bienes públicos, cuando por sus actas con los resultados de las auditorias o exámenes especiales practicados se han establecido los indicios de responsabilidad penal, de ser el caso al amparo de lo que disponen los artículos 257 del *Código Penal* los agregados a continuación relacionados con el enriquecimiento ilícito, los citados delitos

Los indicios de responsabilidad penal evidenciados por la auditoria interna, corresponderá al jefe auditor, comunicar inmediatamente del particular a la Contraloría General del Estado para que inicie las acciones legales que sean del caso.¹⁴

Los resultados de la auditoria gubernamental, los auditores evidenciaren indicios de responsabilidad penal respecto de los delitos contra la administración pública y otros que afecten a los intereses del Estado, de sus instituciones, tales resultados se presentarán a la Fiscalía para que inicie la acción penal correspondiente, de conformidad con lo que dispone el artículo 65 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

¹⁴ Código Penal, R.O. (S) N° 147 de 22 de enero de 1971.

Por último, el Art. 233 inciso primero de la *Constitución de la República del Ecuador*, manifiesta que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo, administración de fondos, bienes y recursos públicos.

CAPITULO II

EL PECULADO

2.1.- *Antecedentes Históricos*

Entre las leyes más antiguas de la humanidad que hablan del tema conocemos, el *Código de Manú* o *Leyes de Manú*, dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión.

En su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

“Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad 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”.¹⁵

¹⁵ FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCIA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, segunda edición aumentada y actualizada, s.e. ,Quito, Ecuador, 1.982, p. 57

De este enunciado estipulamos que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o concusión, en la clase dominante, como en la de los dominados.

Sin embargo de ello en el esplendor del imperio romano se designó con el nombre de peculado al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado. (*Peculatus*) viene de *pecus*: ganado, se le dio este nombre por cuanto antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, por lo tanto, el hurto de esa clase de bienes era el delito más castigado dentro de la legislación romana).

El delito de peculado revistió después, a través del tiempo, diversas modalidades: así tenemos por ejemplo la sustracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana, constituyó la forma frecuente y más importante de este ilícito, también la apropiación por parte de los jefes militares del botín de guerra, su artificiosa o falsa evaluación, así como la de acuñar más monedas públicas que la autorizada, todos éstos actos eran considerados como delito de peculado.

En el derecho romano, la palabra peculado, se utilizó también para calificar el delito, que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, a los que consideraban como sacras, delito cometido por quien estuviese encargado de su administración.

Luego esta denominación se reservó para el peculado propiamente dicho, que podía recaer sobre cualquier dinero o valor custodiado en el arca pública, aunque no fuere del pueblo romano, sino de una ciudad o de otra administración pública.

Este delito consistía en dar a los dineros públicos, un destino diferente del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de lo recaudado, por esta razón se la denominó **crimen de residuos**, era sancionado con la interdicción del agua, del fuego, además de la pena pecuniaria correspondiente.

De tal modo que en el primitivo Derecho Romano, la sustracción del dinero público, se considero digno de castigo a causa de la cosa sustraída, que era sagrada, es por esto que los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrílegos; en cambio que en el derecho cesáreo predominó el criterio de la traición a la confianza, de la facilidad para delinquir; por ello es precisamente aquí que nacieron las divergencias y consecuencias de la práctica de este delito:

1.- El sujeto pasivo del peculado era únicamente el patrimonio del pueblo romano, que se consideraba sagrado, no las propiedades de los municipios y de las ciudades; que se consideraban privadas.

2.- La sustracción del dinero del pueblo romano se tuvo como sacrílega y constituía peculado, aunque fuera cometido por un particular no ligado por su cargo a la fe pública.

3.- Al contrario, cuando el derecho cesáreo empezó a deducir de la traición a la confianza al criterio contra los reos de peculado, aquellas dos proposiciones o consecuencias anotadas, cambiaron naturalmente de sentido.

4.- También las cosas de las ciudades, de toda la administración pública, era sujeto pasivo del peculado; y,

5.- La mayor severidad de las leyes penales debían reservarse para los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que les fue confiado.

La diferencia entre el delito de peculado y el de residuos, consistía en lo siguiente: Se llamaba reos de residuos, aquellos administradores que después de rendir cuentas retenían el dinero que debían presentar como saldo de caja, es la retención del dinero público no ingresado al erario nacional; en cambio que, peculado era hurto de dineros públicos en forma directa.

Respecto a la pena con que se castigó el peculado en la antigua Roma, podemos señalar en un primer momento era la interdicción del agua y del fuego, más tarde le sucedió la deportación, Teodosio impuso la pena de muerte, aunque únicamente respecto a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o Mando de administradores de los caudales públicos.

En Nápoles en 1.510, el peculado se castigaba con multas a los nobles y los plebeyos, con 3 años de trabajo forzado en servicio del Estado, en el caso de que hubieran robado mármol, bronce o plomo de las fuentes públicas.

“Una Ley de las Partidas ordena que el que tenga dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, realizar algunas labores o para otros fines semejantes, los empleare en su propia utilidad debe restituirlo, además pagar un tercio de su importe,

otra ley en cambio impone la pena de muerte al tesorero, recaudador o juez, que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, aun a los auxiliares, consejeros o encubridores; si el rey o el concejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del termino de cinco años desde la noticia cierta del cometimiento de la infracción, no podrá darse la pena de muerte, sino solo la pena pecuniaria del cuarto de tanto.”¹⁶

En las legislaciones modernas el peculado se considera como un hurto calificado se lo somete a las penas de trabajos forzados o reclusión temporal, también cárcel, es de advertirse que algunos Códigos Penales contemporáneos equiparan igualmente las penas, de hurto calificado y el peculado, otros como el Gregoriano castiga más severamente, Castigando a los malversadores con la pena de trabajos forzados.

También encontramos en la legislación Rusa que el príncipe Melzichoff fue condenado por malversación, a una multa de trescientos mil escudos, a la pérdida de los honores, el Almirante Apraxon a la confiscación de sus bienes y a la muerte.

2.2.- *Concepto-Etimología*

Etimología: La voz peculado, “se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa *caudal*, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano, que cualquier autor se remite a su fuente que es la vos *pecus*, que significa *ganado*. De ella dijo CARMIGNANI, que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello, MOMMSEN sitúa su origen en la

¹⁶ ⁴FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, obra citada pág. 60

Lex Julia, que lleva por título: *Peculatus et de Sacrilegis et de residuos*, ley esta que según GARMIGNANI, se produjo bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto como lo da entender MOMMSEN.¹⁷

Llegando más allá, sabemos que los primitivos habitantes de Lacio, que fueron los umbro-sabáticos latinos, no tuvieron así otra forma de obtener riquezas y vivir con las reses o *ganado*, por lo cual ellos lo llamaron “riqueza que se mueve por medio de sus pies”. En latín pies se dice *pes* y, por tanto, el ganado recibió la denominación de *pes*, primero y *pecus* después, y *pecus* fue la primera forma patrimonial, tanto en lo individual como en lo colectivo o tribal.

Con el desarrollo en Roma, la *pes* o *pecus* constituyó el medio más común de cambio, o sea de *moneda*. Con el tiempo por la época de los reyes, se constituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre, a los cuales el Estado acuñaba la cabeza de un *pecus*, o sea de un *buey*. A esta moneda se la denominó con el mismo nombre de *pecus*.

“La *Lex Julia* fue la primera en tratar de él, refiriéndose a su contenido, el glosador Labeón definió a *peculatus* como: el hurto del dinero público o sobrado, realizado por quien lo conserva, frase esta que delimita las estructuras del *hurto común*, del *peculatus* y del *abuso de confianza* propio del particular, sobre bienes no estatales.

El tiempo amplió este concepto: para la época del *Digesto* de Ulpiano, el *peculatus* era el hurto del pueblo romano, que era el que pertenecía al Estado romano,

¹⁷ FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, obra citada

en su generalidad. Hurtar dinero del municipio –escribe PAPILIANO- no es *peculatus* sino *hurto común*. Trajano y Adriano extendieron el *peculatus* a todo hurto de dinero público, así fuera municipal. Así llega al Código Toscano.”¹⁸

Concepto.- Peculado es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio.

Es también peculado: “El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno,...”¹⁹

Para Carrara el peculado es la Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.

Maggiore nos enseña que “Peculado (*péculat Amtsunterschiagung*) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública,

¹⁸ FERREIRA D Francisco José, Derecho Penal, Tomo II editorial TEMIS Bogotá- Colombia, 2006, pág. 287, 288

¹⁹ FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCÍA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, obra citada.

cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su carga está en posesión de esos bienes.

Carlos Molina Aerrubia nos dice en un sentido más jurídico y teniendo como referencia a la época actual que se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.

Para Escriche el peculado es la Sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan.

Finalmente, Cabanellas nos ilustra indicando que peculado es la Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración.

De las citadas definiciones podemos colegir que el delito de peculado implica actuación conciente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que este tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tenencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones, podríamos decir que en la actualidad este tipo de delito se ha sofisticado tanto que ha llegando al sistema financiero para crear lo que conocemos como peculado bancario, por lo que está dentro del campo de los delitos económicos, dejando en claro además que esta clase de conducta agota el iter

crimines en todas sus fases, siendo eminentemente doloso, en muchos de los casos ha llegado hasta el campo científico.

Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección, jurídico penal: a).- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b).- Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

La norma que tipifica este delito tiene como objeto la protección de la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos.

2.3.- *Clasificación de Peculado*

Nociones Generales.- Como hemos analizado anteriormente, el término peculado se usa de manera general para expresar la idea de apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos, este se ha desarrollado en las diferentes legislaciones, diversificado sus formas o maneras de tipificación, por lo que analizaremos las formas más conocidas o diferentes clasificaciones que ha dado la ley y la doctrina así tenemos:

I. Peculado Propio e Impropio

En la doctrina Carrara, distingue entre *peculado propio e impropio*, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el segundo o sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.

En el Peculado Impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

También debemos aclarar que en la doctrina moderna se distingue entre peculado (propio) y malversación de fondos públicos, aunque por lo regular las legislaciones emplean una u otra denominación en sentido genérico, de tal forma que dentro de la primera se incluye la última y viceversa.

Comparativamente el Código Español, bajo la denominación genérica de “malversación de caudales públicos” que significa intervenir a estos ilícitamente, comprende el peculado propiamente dicho y dos figuras distintas de malversación.

Así tenemos por ejemplo, la primera consistente en la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario público y la segunda, aquella que se configura cuando este “diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que atuvieren destinados” En otros casos se llama *peculado a la malversación* por aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos y a la que está constituida por el uso indebido (sin apropiación) de los mismos, al peculado propio.”²⁰

II Peculado por Aplicación Oficial Diferente.

Analizaremos diferentes conceptos entregados por la doctrina sobre este tema así:

El funcionario público que diere a los fondos o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público.

²⁰ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, Obra citada, pag. 134

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa. Respecto de la punibilidad de esta figura no existe uniformidad en la doctrina ni en el derecho escrito.

Este sería -dice MAGIORE- “el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos, para procurarse electores”. Y agrega a continuación: “En cambio, no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el traslado indebido de un capítulo a otro del presupuesto”.

GROIZARD formula severas críticas al legislador español por haber incorporado la referida figura (traslado indebido de una partida presupuestaria a otra) a su Código, en donde pasó a varios iberoamericanos, entre ellos a los nuestros.

Estima dicho tratadista, que:

“No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados”.²¹

GONZÁLEZ ROURA, destaca que “la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino

²¹ PACHECO Osório, Pedro: *Derecho Penal Especial* obra citada

que indudablemente en el primer caso, cree él hacer una obra meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente.

Es así como es de costumbre en el poder que Presidentes, Ministros, Gobernadores, dan a los caudales públicos un destino diferente del señalado por la ley, por lo tanto ni ellos han sido considerados como malversadores, ni el público les ha considerado como tales”²²

Ahora bien, los argumentos citados no bastan para quitarle al hecho el carácter delictuoso, lo que se protege con su incriminación no son los fondos públicos, sino la administración pública, la cual no puede dejarse ni estar sujeta al capricho de sus servidores, con el riesgo de que se convierta en el caos la administración de los recursos públicos.

Podemos entender que lo que se castiga es la violación de la norma, por desvío de los dineros o efectos públicos, dando un destino diferente al determinado, por tal razón la pena no puede ser más benigna o benévola.

Es muy importante para la buena marcha de la administración pública, que los fondos públicos sea administrados correctamente, al amparo de lo que dispone la Constitución de la República y las leyes que la consagran.

²² PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, obra citada.

Se debe tener en claro, que el sujeto activo del delito, es únicamente el funcionario público que administra, tiene bajo su responsabilidad los valores o recursos públicos o efectos respectivos a él encomendados.

Un particular, salvo ciertos casos de excepción, como explicaré más adelante, no puede cometer esta clase de delito, en la misma situación se halla el funcionario público que no tiene la administración directa de los bienes o recursos, por lo tanto habrá que determinar los grados de responsabilidad, de participación dentro de la administración de los recursos públicos; sin embargo, pueden concurrir como partícipes, por cuanto el verbo administrar abarca su acepción propia de “gobernar, regir, cuidar”.

Expresa SOLER: “el funcionario que posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos”, es decir basta que tenga el cuidado de los recursos públicos o efectos, aun con el encargo preciso de no disponer de ello en forma alguna podrían encontrarse inmersos en esta clase de delitos.

Este cita un ejemplo al respecto, manifiesta “que estando habilitado por medio de una ordenanza para pagar una cuenta a Cayo, en cambio le paga a Sempronio, no comete delito; pero no por la razón expuesta por dicho autor, (ordenanza) sino por otras distintas, por cuanto el empleado desobediente no tenía la administración de esos dineros, ya que ni siquiera se los entregaron para que los cuidara, sino que se le autorizó para entregarlos al acreedor del fisco, porque no les varió el destino que les señaló la ley, ordenanza, acuerdo, decreto o reglamento, etc. entonces dejar de satisfacer el

capricho de un funcionario, ante dos acreedores con igual derecho prefiere a uno, no es atender a la administración pública.”²³

Es necesario precisar cuales son los valores o recursos del Estado, por un lado tenemos los bienes de cualquier especie, como por ejemplo los dineros; por otro, los efectos son principalmente los documentos o valores mercantiles, en el sentido en que se usa este término de expresión legal.

Cabe indicar que los caudales (dineros) o efectos (títulos valores) pueden ser públicos o privados. “públicos”, cuando dependen directamente del erario nacional y se encuentran controlados por una entidad estatal, son privados cuando las instituciones u organismos que lo administran sean considerados de naturaleza jurídica privada, así tenemos por ejemplo: las Instituciones Financieras y Bancarias, aquellas Instituciones que siendo de naturaleza jurídica privada, mantienen recursos públicos en más de un cincuenta por ciento.

La aplicación, en cambio, que les dé el funcionario, debe ser oficial, si les da un destino privado, no estará en presencia de esta infracción. Y cómo darles una aplicación *oficial a bienes privados*.

III – Peculado por Sustracción o Apropiación

“El funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de

²³ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial Obra citada*

recaudar o administrar, incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.”²⁴

El sujeto activo de este delito es el funcionario público que por razón de sus funciones esta encargado de recaudar o administrar los caudales u otros objetos.

El verbo recaudar está empleado en el sentido de cobrar o percibir caudales o efectos, no siempre, será necesario que el servidor público tenga el encargo de administrarlos, como si sucede en otros casos simplemente tiene la función de recibirlos para entregarlos enseguida a otro, puede ser en este caso responsable del delito.

No parece discutible que frente a las legislaciones, como la italiana o la española, las cuales establecen como requisito indispensable de este delito, que el funcionario tenga la cosa en posesión o a su cargo, no sea él en esencia sino un abuso de confianza calificado.”²⁵

Por ello, el verbo administrar, está indicando que no siempre es necesario que el culpable disponga de autonomía para la tenencia o administración de los bienes.

2.4.- *Análisis del Delito de Peculado*

²⁴ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, Obra Citada

²⁵ PACHECO Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, Obra Citada

La conducta del peculado consiste en los actos en los cuales, las personas encargadas, de los bienes y servicios del Estado, sus Entidades descentralizadas, Empresas del Estado, Instituciones Financieras, entre otras, quienes abusan de la autoridad conferida sobre los mismos, en el ejercicio de su cargo, siendo estos actos, según expresa la norma, la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado, de la citadas Instituciones o inclusive de un particular. En ambos casos, la forma de culpabilidad es eminentemente dolosa. Tanto la sustracción como la distracción, deben ser arbitrarias, por lo tanto ilícitas, para constituir el peculado.

El término “uso propio o ajeno”, a que se refiere la disposición del peculado, va más allá del simple significado del uso precario que una persona de las cualidades expuestas. Pueda hacer de las cosas que se les confían por razón de su cargo. Se refiere más de esa palabra a un sentido de ganancia, de utilidad.

El Peculado es un delito de peligro, por cuanto la acción de agente conlleva a un juicio de probabilidad, que le permite valorar el resultado con la situación concreta en que se encuentra.

Queremos decir con esto, que el sujeto al transgredir el deber de probidad y de lealtad, depositado sobre él por el Estado, al incumplirlo origina un estado concreto de peligro, que generalmente causa lesión o daño, al interés protegido por la norma.

“Así mismo dicha situación de peligro, creada por la infracción del deber a que nos referimos, no siempre produce un resultado lesivo, ya que el interés de la norma no

es tanto, la protección del patrimonio público o particular, bajo su responsabilidad, como la lección del deber de fidelidad de las personas en el ejercicio de sus cargos.”²⁶

El objeto material u objeto de la acción de las formas de peculado, están constituidos por el término bienes.

Los bienes del Estado se precisa que debe entenderse por tales, los pertenecientes a todas las entidades que hacen la administración pública, siendo parte del patrimonio público, cualquiera que sea su sector, así como las empresas o instituciones que el Estado tenga parte, los establecimientos públicos, las Empresas industriales y comerciales del Estado, que son exclusivamente públicas en tanto que no sería las empresas de economía mixta que, como su propio nombre lo indica, confluyen en ellas la propiedad particular con la del Estado.

Ahora bien, los bienes también pueden ser de dominio de los particulares, la distinción entre bienes públicos y bienes particulares en nuestro país opera, cuando existe el empleo para peculado por apropiación, lo mismo que para el peculado por uso indebido.

La distinción entre bien público y bien privado, sin embargo, no es especial para el proceso de adecuación típica, pues lo importante es que el bien lo administre el servidor público por razón u ocasión de sus funciones, que ellos entren a ser objetos de administración por éste, sin que sea necesario que se produzca un ingreso formalmente

²⁶ RAMIREZ Torres, Francisco: *Los Delitos Económicos en los Negocios*, Nicaragua, s.e.,1990, p.33

perfecto; basta, pues, que el servidor público los administre u custodie o se asigne la tenencia de los mismos.

El vocablo administración implica contacto material o tenencia con el objeto, como es el caso del servidor público que recauda, paga, custodia y en general, ejerce las funciones de empleado de manejo y en otros casos, facultad de ordenador de gasto, que sin tener necesariamente la aprehensión material de bien, confiere la potestad de autorizar la erogación a cargo del correspondiente ente estatal. Estos funcionarios públicos, están en las condiciones de realizar el delito de peculado, pues como se ve todos ellos administran.

Como se puede ver, para que se pueda predicar de un servidor público la comisión del peculado, no es necesario que a éste se le confíen físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad jurídica de disponer de ellos a nombre del ente oficial al cual representa.

Desde otro punto de vista Erleans de Jesús Peña Ossa, nos explica que “respecto al peculado previsto en el Art. 402 del Código Penal Colombiano, expresa sólo es legalmente permitido hacer reintegros parciales, por disminuciones proporcionales de pena. Las razones son las siguientes: si bien como lo dieron en su oportunidad, existe equivalencia entre las conductas omisivas allí descritas y las del peculado del artículo 397 al suponer apropiación las no consagraciones de sumas provenientes del respectivo ingreso público, el legislador privilegia esta última modalidad peculadora sobre otras que admiten reintegros tanto totales como parciales, al consentir la extinción de la pretensión punitiva del Estado por pago o compensación total de la obligación

tributaria, equivalencia que, sin embargo autoriza el pago o compensación de dicha obligación de manera parcial, pues nada se opone a ello.²⁷

Lo expuesto, se explica de que en virtud del objeto de la tutela penal en las modalidades de peculado que admiten el reintegro como situación que vaya a disminuir la pena, los es de manera principal el patrimonio administrado por el servidor público, resultando, en consecuencia, razonable que el que haya lesionado ese interés, o determinado o baya ayudado a éste a vulnerarlo, disminuya los efectos perniciosos de su comportamiento, tenga la oportunidad de rebajar también las consecuencias punitivas que de ello se deriva. Reducido lo injusto, la consecuencia jurídica en el plano de la punibilidad igualmente debe menorarse. Al fin y al cabo la ratio legis de los tipos penales se revela en el bien jurídico tutelado, si por medio del Estado busca proteger sus propios intereses económicos, o el de los particulares cuyos bienes administra el servidor público, incluso los del contenido social, el restablecimiento sería el de esa misma índole.

En el vínculo de confianza, quebrantado y utilizado como medio para el delito, hallamos la ofensa de un derecho social, un objeto jurídico que prevalece sobre la consideración de la cosa pública, un riesgo de mayor peligro para la propiedad común, y con ello constituimos la figura de peculado propiamente dicho.

El asunto cambia sustancialmente de aspecto cuando se contempla el peculado propiamente dicho, que en definitiva es la apropiación indebida de fondos y bienes públicos, cometido por una persona investida de algún cargo público, a la cual,

²⁷ ERLEANS de Jesus Peña Ossa, *Delitos Contra la Administración Pública*, pp. 70, 73, 83 85

precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas.

Pero cuando la confianza es consecuencia de una necesidad, esta va unida a las condiciones inseparables del ordenamiento de la cosa pública, se tiene un resultado enteramente contrario, pero como la Nación o el Estado, tiene la necesidad de que funcionarios administren su patrimonio, los escoge entre los ciudadanos que tienen más fama de probos u honrados, les proporciona emolumentos suficientes para sus necesidades y los eleva a la dignidad de empleados sumamente honorables.

Así reciben estos individuos la confianza de toda la nación; y, todo el que tiene que entregar o consignar dinero u objetos que se le deben al Estado, no pueden hacerlo en manos distintas.

Cualquiera que sea el concepto que se saque de la comparación entre la violación de la posesión y la violación de la confianza, cuando se trata de confianza privada, lo cierto es que aquella tiene menor importancia cuando se trata de confianza pública.

Así sucede que el particular que roba de una caja pública puede ser castigado en ciertos casos con penas benignas, mientras son severísimas las penas conminadas a los funcionarios públicos que roban las arcas que se les ha confiado.

“Los criterios esenciales de esta especie delictuosa deben buscarse con las siguientes participaciones: 1.- en la persona; 2.- en las cosas; y, 3.- en las condiciones de la entrega.

Solo puede ser sujeto activo un funcionario público o un encargado de un servicio público, que posee la cosa por razón de su cargo o servicio.”²⁸

En cuanto a las nociones de funcionario público, encargado de un servicio público, para los efectos de la ley penal, para ser sujeto activo de este delito, debe tener:

- a) La posesión del dinero o de otra cosa mueble.

“La posesión debe entenderse en sentido amplio, ya que debe aceptarse que existe cuando el funcionario público o el encargado del servicio público tienen el poder de disponer, mediante un acto de su competencia, del dinero o de otra cosa mueble, en conformidad con el fin para el cual les fue concedida, es decir, en conformidad con el título de su posesión y de acuerdo con los límites señalados por este título.

De esto se infiere que, el funcionario público o el encargado del servicio público no tiene la posesión del dinero o de la cosa, o si hace falta la prueba de ello, no puede darse el delito de peculado, ni tampoco si, mediante el cargo o el servicio, se le ha facilitado la consecución ilícita del dinero o de la cosa. Esta hipótesis podrá ser la de hurto

²⁸ RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal*, Obra citada

agravado o la de estafa agravada; es decir según las modalidades del hecho, pero no el peculado;”²⁹

b) Además, la posesión del dinero o de cualquier otra cosa mueble, no puede ser por cualquier título, sino por razón de su cargo o servicio.

La posesión, pues, debe ser a causa del cargo o del servicio, por la existencia de una relación objetiva suya con el cargo o el servicio, de modo que pueda decirse que poseer el dinero u otra cosa mueble, por parte del funcionario público o del encargado del servicio público, es asunto que pertenece a las funciones de su cargo o a las tareas de su servicio, y que, por esto, tienen la competencia, por lo menos genérica de poseer.

Esa competencia puede originarse o en acto legislativo o en un acto administrativo que, atribuyéndoles legítimamente determinadas funciones, en forma implícita o explícita se la reconoce; también puede originarse en una costumbre que implique el reconocimiento de la competencia o en una providencia jurisdiccional que le atribuya al cargo o al servicio la facultad de poseer.

Lo contrario, como que no exista la razón del cargo o del servicio para la posesión, cuando poseer la cosa o el dinero no entra dentro de las funciones del cargo o dentro de las tareas del servicio, así como si tampoco existe la recepción del dinero o de otra cosa mueble que tiene su origen en un acto administrativo ilegítimo en la sustancia, o en una costumbre *contra legem*, en una usurpación o abuso del cargo, o en dolo o violencia del funcionario público que ha recibido para sí mismo y no para la

²⁹RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal Obra Citada*

administración pública; por lo tanto, no existiendo la posesión por motivo del cargo o del servicio, no habrá peculado.

Conducta

La conducta consiste en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público, excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título de su posesión, esto puede ocurrir, como lo dice la ley, ya sea mediante actos de apropiación o distracción del dinero o de otra cosa mueble, poseídos por razón del cargo o servicio.

No tiene importancia, el hecho de que el sujeto sea coposeedor con otro funcionario público encargado de un servicio público.

Es necesario saber que la **Apropiación** es la disposición del dinero o de otra cosa mueble como dueño, uti dominus, es decir, conservándola, destruyéndola, enajenándola, averiándola, etc. con la voluntad de disponer de ella como cosa propia.

En cambio que **Distracción**, es darle otra destinación al dinero o a la cosa mueble en provecho propio o ajeno, para un fin distinto de aquel para el cual se posee; por ejemplo, hay distracción si la cosa es destinada por el funcionario público para la satisfacción de un fin de la administración pública, sustancialmente distinto de aquel para cuya satisfacción estaba destinada; por lo tanto, no constituye peculado el traslado de una partida presupuestaria de un capítulo a otro del presupuesto.

Sin embargo, tanto la apropiación como la distracción deben ser arbitrarias para constituir peculado, no puede descartarse que resulten excusas tanto por el consentimiento válido del que tiene derecho sobre el dinero o sobre la cosa sin ofensa del derecho objetivo, como por la costumbre que elimina la ilegitimidad del hecho, cuando esté contenido dentro de los límites en que usualmente es tolerado por la administración pública; por ejemplo, una apropiación limitada de papel de carta, de lápices, etc.

Igualmente puede excusarse el caso de que el funcionario público, que debe responder, por ejemplo, solo de la cantidad que retenga la suma que salda su crédito, líquido y exigible, para con la administración pública; pero no ocurriría lo mismo si fuera deudor de especie, o si la magnitud de la apropiación o de la distracción fuera cubierta por la caución prestada, todo esto no puede dar lugar a la compensación.

Además, como la conducta delictiva puede consistir solo en actos de apropiación o de distracción, debe descartarse que pueda constituir peculado el uso material y momentáneo de la cosa (peculado de uso), ya que no implica disposición de la cosa uti dominus (apropiación), ni destinación de la cosa para un fin distinto del contenido en el título de la posesión (distracción).

La conducta puede consistir inclusive en una simple omisión, esto es, en no impedir la apropiación o la distracción, contrariando un deber jurídico.

Objeto Material

“El objeto material es el dinero u otra cosa mueble perteneciente a la administración pública, cuya posesión tiene el funcionario o el encargado de un servicio público, por razón de su cargo o servicio.”³⁰

Dinero es además de la moneda, todo lo que a esta se equipara, cosa mueble es toda cosa que lo es por su naturaleza o que ha sido hecha mueble, por ejemplo por separación. Cosa mueble, además, es también la energía eléctrica y cualquiera otra energía que tenga valor económico.

Con todo, para que una cosa pueda ser objeto material del delito de peculado, no es necesario que tenga actualmente valor, sino basta que pueda adquirirlo.

El dinero o cualquiera otra cosa mueble, además, para que se pueda ser objeto material del peculado, debe pertenecer a la administración pública, puede decirse que pertenece a la administración pública, porque es de su propiedad, porque tienen sobre ella poder cuya titularidad le es reconocida, que implica un vínculo sobre la cosa de índole rea, o, sea como fuere, un poder de disposición o de goce de la cosa por estar destinada a la satisfacción de sus necesidades o a la consecución de sus fines.

Por consiguiente, el concepto de pertenencia, expresa una relación más amplia que la derivada del derecho de propiedad o de otro derecho real.

Resultado

³⁰ RANIERI Silvio: *Manual de Derecho Penal*, Obra Citada

El resultado de este delito es el cambio del vínculo o relación de la cosa con el servidor público, como sucede cuando el sujeto, en el caso de entrega de especies, dispone de la cosa como si fuese propia y con la voluntad de disponer de ella como cosa propia, o también la falta de entrega de dinero en el término prescrito, como ocurre cuando el servidor público, en el caso de que se deba cantidad, no cumple sin justificación (por ejemplo por fuerza mayor, etc.) con su deber en el término establecido.

Por lo tanto, el momento consumativo se tiene no bien se efectúa la apropiación o la distracción del dinero o de otra cosa mueble perteneciente a la administración pública y en posesión del funcionario público o del encargado de un servicio público, por razón de su cargo o servicio.

La restitución posterior no sirve, en consecuencia, para quitarle el carácter criminoso al hecho, sí se puede tomarse como atenuante, siendo el peculado un delito de peligro para la administración pública, es necesario para su existencia que se haya verificado por lo menos un daño apreciable para aquella (Administración Pública).

El daño debe calcularse teniendo en cuenta el valor en sí mismo de la cosa y es aplicable al peculado la circunstancia atenuante del daño de poca importancia, Ahora bien la tentativa es posible en ambas hipótesis.

Elemento Psicológico

El elemento psicológico del delito de peculado lo suministra la voluntad de la apropiación o de la distracción, a sabiendas de que se trata de dinero o de cosas muebles pertenecientes a la administración pública, con el fin de obtener un provecho propio o ajeno en la hipótesis de la distracción.

No es necesario, empero, el fin de lucro, no tienen importancia los motivos que hayan inducido al culpable a delinquir, lo mismo que la intención de restituir, aunque la restitución se haya ejecutado real y verdaderamente.

José Antonio Cancino Moreno, ejemplifica el delito de peculado manifestando que el comportamiento del juez acusado se subsume a plenitud dentro del tipo penal de peculado por apropiación en concurso material y homogéneo, por cuanto se apropió para su beneficio de un depósito judicial por cierta cantidad de dinero que mantenía en la Caja Agraria del lugar y a disposición del funcionario, quien por razones de sus funciones tenía el deber legal de cuidar para entregarlo luego a su legítimo dueño.

Del mismo modo, se consuma el delito de peculado, cuando por la propia naturaleza se apropia de cierta cantidad de dinero que indebidamente mantenía en su poder, que omitió depositar en la caja que mantiene cualquier institución del sector público, por lo tanto, se quedó el funcionario público con dichos valores para darle cualquier uso.

Se ejemplifica también el cometimiento del delito de peculado, cuando igualmente que el juez acusado, dio ocasión a que con su comportamiento descuidado y

negligente se perdiera un revolver que por razón de sus funciones, estaba en el deber de cuidar y que con el innegable abuso portaba consigo.

“El peculado culposo, es dejar por parte del servidor público, que por su culpa o por una conducta descuidada o negligente, se pierdan o dañen bienes del Estado o de particulares que se hayan confiado por razón de su cargo”³¹

CAPITULO III

EL PECULADO EN EL ECUADOR

3.1.- *Evolución del Peculado a través de los diferentes Códigos Penales*

Historia del Delito de Peculado en el Ecuador

En los últimos tiempos ha existido un gran debate sobre el alcance, vigencia y contenido de la Ley, en lo que tiene que ver con la tipificación penal del delito de peculado, incluyéndose el peculado bancario y más tarde el llamado peculado menor, incorporado en forma paradójicamente incongruente, para rebajar las penas en casos especiales que debían mantenerse en el peculado general.

Sobre todo la controversia se ha producido respecto a la prescripción de la acción y de la pena en el delito de peculado.

³¹ CANCIO Moreno, José Antonio: *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, editorial ABC, Bogotá, 1994, p. 79

Estimo importante presentar el análisis histórico de la legislación al respecto, con el afán de clarificar definitivamente esta discusión, sobre todo por la importancia que se ha presentado en los actuales momentos en la práctica de esta clase de delitos, en lo referente a la prescripción de las causas.

“El documento de trabajo N°- 29 sobre la MALVERSACION, emitido por la Contraloría General de la Nación, publicado en Enero de 1.977, por el departamento de Estudios Jurídicos, de esa Institución, establece que el primer Código Penal Ecuatoriano, aprobado por el Congreso Nacional, presidido por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte el 17 de abril 1.837, contiene en su primera parte lo referente “a los delitos contra la causa pública” en los títulos sexto y séptimo de los delitos contra la Hacienda Nacional.”³²

El Capítulo I del referido Código, trata “Del extravío, malversación, mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional, tipificados en los artículos 240 al 332; mientras que, los delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus funciones constaban en los artículos 369 al 371, inclusive.

Las disposiciones que contienen estos artículos, se hallan inspiradas en la Legislación Española, que tiene ciertas innovaciones muy sutiles de tipo reglamentario, mas adecuadas para una Ley de Hacienda, que para la aplicación de un Código Penal, con una innecesaria separación en títulos de defectuosa denominación, cuanto más que los unos y los otros son delitos de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, atentatorios contra la Hacienda Pública, o lo que en la actualidad podemos llamar

³² FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCIA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, Obra Citada

Administración Pública, hubiera sido conveniente normar las disposiciones en un solo título, en esta época se tenía influencia del Código Español, que sirvió de base para la elaboración del nuestro.

En todo caso, vemos que se nota la preocupación del gobierno por esta clase de delitos, con la expedición de disposiciones legales, con el afán de precautelar el erario público y los intereses nacionales, sancionando a aquellos sobre quienes recaigan las responsabilidades. Mientras que por otro lado, se elaboraba por esa época la Ley Orgánica de Haciendas.

Los Códigos Penales de 1.871, 1.889, 1.906 Y 1.938.

El segundo Código Penal fue elaborado por la Asamblea Constituyente del 23 de octubre de 1.871, promulgado el 3 de noviembre del mismo año por el Presidente Gabriel García Moreno, en este Código, las disposiciones sobre malversación y peculado se encuentran reducidas a un sólo artículo, que era el 257, perteneciente al Capítulo IV, relativo a los “Abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos”. Del Título IV cuyo epígrafe es: “De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones”, parte del libro II intitulado “De las infracciones y su represión en particular”. Su tenor literal fue el siguiente:

Art. 257; “Serán castigados con reclusión de tres a seis años, todo empleado publico, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros

públicos o privados, de efectos que lo representen, de piezas, títulos, documentos, o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo”.³³

Este artículo señalaba la Contraloría, que se inspiró en la Legislación Belga, con el cual guarda estrecha relación, en la forma de represión, en la calidad de los sujetos, en la enumeración de los objetos y en la clase de vínculo requerido, así como en la consideración de la relación entre el valor de los objetos con el monto de la fianza rendida por el funcionario para el desempeño de su cargo.

Se difiere de éste, además de pequeñas variaciones formales y de redacción, el que elimina el término “malversación” y “malversado” y emplea en cambio de ellos, el Código Penal Ecuatoriano, los términos “abusos” y “abusado”.

La introducción de este término en nuestra tipificación penal, si bien ha producido dificultades de interpretación y aplicación, ha cualificado en forma más eficiente al delito de peculado, al núcleo del cual se deriva el tipo delictivo y al elemento intencional tan necesario para la punición y reconocimiento de la infracción. Con este nuevo Código Penal se deroga la fianza, que mantenía entre sus disposiciones el Código de 1.837, que había sido inspirado en el Código Español, del cual también había desaparecido.

La adopción casi textual del Código Belga, de la cual hasta el momento no nos apartamos definitivamente, fue fiel reflejo del espíritu seudo jurídico que hasta la actualidad nos agobia, en cuanto siempre hemos de copiar legislaciones, sin jamás

³³ FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCIA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, Obra Citada

preocuparnos de su aplicabilidad en nuestro medio y en cuanto tal cosa sucede o no, se forjan en cambio leyes sin filosofía, sin ninguna orientación e improvisando normas de acuerdo a intereses personales de quienes las formulan, que privan a la legislación penal ecuatoriana de la amplia gama de tipificaciones que pudieran darse, naciendo la impunidad de muchas infracciones, que bajo pretexto de duda sobre su interpretación mas bien vienen a favorecer al reo, con lo cual se causa grave perjuicio a la sociedad y en el caso específico de este delito al patrimonio público.

El Tercer Código Penal

Lo dicto el Congreso Constitucional de 1.889, sancionado por el Dr. Antonio Flores Jijón, fue publicado conjuntamente con el *Código de Enjuiciamiento Criminal*.

En éste Código, en el artículo 256, se encontraba citado el delito de peculado y su texto es casi igual al anterior que me he referido.

El Cuarto Código Penal

Este Código fue promulgado por el general Eloy Alfaro el 26 de mayo de 1.906, en este cuerpo de leyes, el delito de peculado se lo tipificaba en el Art. 225 con idéntica redacción anterior.

El Quinto Código Penal.

Fue expedido por el General Alberto Enríquez Gallo en 1.938, en cambio en este Código, el delito de peculado se encontraba tipificado en el Art. 236 con idéntica redacción al anterior.

El Código Penal de 1.953 y el Código de Procedimiento Penal de 1.955.-

Estos dos cuerpos legales fueron codificados por la Comisión Legislativa Permanente y se lo publica en el Registro Oficial No. 352 de 29 de octubre de 1.953 y el *Código de Procedimiento Penal* se lo publicó en el Registro Oficial No. 875 de 11 de julio de 1.955, por la misma Comisión de Legislación.

Al igual que los anteriores, en este Código no se encuentran mayores novedades en cuanto al delito materia de la investigación, pues sólo varía la numeración del artículo que tipifica al delito de peculado.

Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.960.

Estos Códigos fueron aprobados el 22 de abril y el 9 de mayo de 1.960, respectivamente, por la Comisión Legislativa Permanente y fueron publicados en el Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1.960.

En dichos Códigos a partir del artículo 233 del primero de los citados y 346 del segundo, se reproducen las disposiciones sustantivas y adjetivas de los Códigos de 1.953 y 1.955.

Dentro del *Código Penal* es suprimido el inc. 3ro, habida cuenta del contenido del Acuerdo de la Asamblea Constituyente dictado el 3 de septiembre de 1.946, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 13 de los mismos mes y año.

En estos Códigos se han hecho pequeñas supresiones y modificaciones, en su mayor parte a las necesidades de redacción y otras de trascendencia, como la inclusión de los Bancos de Sistema de Créditos de Fomento, la supresión de la palabra “todos” referente a la responsabilidad solidaria por las indemnizaciones; el cambio de género de las palabras “autor” y “fueros”.

Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.971.

Estos cuerpos de leyes fueron elaborados y promulgados bajo la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, por una Comisión Jurídica, publicados el 22 de enero de 1.971.

En esta edición el delito de peculado se encuentra bajo el Título III “De los delitos contra la Administración Pública”, en el Capítulo V que trata “De la violación de los deberes de Funcionarios Públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”, se lo tipifica en el artículo 257, en este artículo se cambian algunas palabras “de las Cajas de Previsión Social” por “del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, se suprime el inciso 2do. del referido Código, referente a la responsabilidad solidaria de los cómplices y encubridores, pues el término “autores” se halla comprendido en la parte principal del artículo en mención, también se suprimen los

incisos 3ro. y 4to. que se refieren a la acción de cobro y la prescripción de la pena y la inaplicabilidad de la Ley de Gracia y el abandono de la acción penal respectivamente.

En la parte final del Capítulo V de la Codificación de 1.971 se agrega el artículo 276 que trata de la inaplicabilidad de la Libertad Condicional en los casos determinados en el referido artículo.

El *Código de Procedimiento Penal* de 1.971, en las disposiciones para el juzgamiento de estas infracciones de peculado, ha variado sustancialmente en su redacción y contenido.

Así tenemos que a partir del artículo 376 de la Codificación de 1.971 que correspondía al Art. 347 de la de 1.960 reconoce los fueros y privilegios de que gozan ciertos funcionarios.

La creación de los Tribunales Especiales, se lo hace por Decreto Supremo No. 618, publicado en el Registro Oficial No. 105 de 19 de julio de 1.972, en este Decreto son importantes los artículos 7 y 11 por contener un especial procedimiento para el trámite del delito de peculado, sancionado por el artículo 257 del *Código Penal*.

Dicho procedimiento no sólo que contemplaban términos sumarios para la organización del juicio, sino que regula el detalle de las actuaciones del juez y singularmente el auto inicial, se establece además que es posible iniciar el enjuiciamiento aún en el caso de que el sindicado se encuentra prófugo y que la

sentencia se dictare “este o no presente el reo en el lugar del juicio y haya o no comparecido a la defensa.

En materia de determinación de responsabilidades, merecen destacarse los incisos 3ro, 5to y 6to del Artículo 7, expresaba: “En el auto inicial se ordenará la detención del sindicato, si fuere del caso y se dictaran medidas precautelatorias, para asegurar las consecuencias económicas del juicio, etc.”

La ley que crea los Tribunales Especiales fue objeto de sucesivas reformas mediante Decretos Nros. 1445, 278 y 87, publicados en su orden en los Registros Oficiales Nros. 208 de 20 de diciembre de 1.972, 272 de 26 de marzo de 1.973 y 480 de 25 de enero de 1.974. Finalmente, por Decreto Supremo No. 888, publicado en el Registro Oficial No. 631 de 4 de septiembre de 1.974, fueron suprimidos los Tribunales Especiales y la materia de su competencia fue devuelta a los Jueces ordinarios.

Sin embargo, se dispuso que la tramitación de los delitos que eran de su conocimiento, que debían efectuarse de acuerdo con las normas del Decreto No. 618 “en cuanto fuere aplicables, a excepción de los recursos, se sujetaban a lo establecido en el procedimiento penal común”.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, atendiendo una consulta respecto de ciertas dudas que se habían relacionado con el citado tema, expidió una Resolución, la misma que se publicó en el Registro Oficial No. 91 del 16 de octubre de 1.975, por la que declaró lo siguiente: “hallándose vigente el Decreto No. 618 y sus artículos 7 y 11, no cabe que en la tramitación de las causas a que éste se refiere, se apliquen principios

de justicia universal, disposiciones del *Código de Procedimiento Penal* o preceptos constitucionales”.

Por Decreto Supremo No. 1429, publicado en el Registro Oficial No. 337 del 16 de mayo de 1977, se dictó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, norma legal que actualmente se encuentran en vigencia.

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFIC)

Esta Ley se halla concedida bajo un enfoque sistemático, aparejado a la necesidad de que este cuerpo legal se apunte hacia la prestación de los servicios públicos y el desarrollo socio económico de manera eficiente, efectiva y económica.

La aplicación de la nueva ley, se hace a través de los siguientes componentes, los mismos que se encuentran íntimamente relacionados entre sí y son: El sistema de presupuesto, el de determinación y recaudación de los recursos financieros, el de tesorería, el de contabilidad gubernamental, el del control de los recursos públicos.

La Contraloría General del Estado señala los motivos por los que se dictó *la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control* que son los siguientes:

“1.- Los sistemas financieros eran incompletos, ya que buena parte de las cantidades y organismos no contaban siquiera con estados financieros.

2.- Dichos sistemas no eran confiables, porque los procedimientos de contabilidad carecían de consistencia, porque se basaba en datos incorrectos e irreconciliables y porque el personal no se hallaba adiestrado convenientemente.

3.- Saltaba a la vista lo obsoleto de los sistemas financieros, por cuanto la contabilidad se llevaba frecuentemente de manera rudimentaria y aparte de haberse desconectado del presupuesto, no era objeto de consolidación alguna.

4.- Los sistemas de desembolso de fondos eran lentos, engorrosos, seguían una metodología anticuada, dando desproporcionada importancia a controles preventivos de tipo legal y presupuestario.

5.- Los sistemas financieros no eran oportunos, porque los datos que proporcionaban estaban permanentemente atrasados, lo que no permitía disponer de una información a tiempo para tomar decisiones eficaces.

6.- Las disposiciones legales, los esquemas mentales, las costumbres ponían énfasis y excesivos e innecesarios controles externos preventivos.

7.- Las decisiones de los ejecutivos estaban condicionadas a la aprobación previa de varios organismos gubernamentales, entre ellos, el Ministerio de Finanzas, de la Junta de Planificación, y de la Contraloría General.

8.- La imputación de responsabilidades por la Contraloría, en la mayor parte de los casos, solo señalaba a las personas que custodiaban los fondos o bienes y no a quienes

tomaban las decisiones o habían tenido participación activa en el proceso de las operaciones y transacciones.

9.- En casi todas las entidades y organismos se desconocía el control interno, lo que se evidenciaba en la ausencia de planes de organización, de reglamentos, de manuales de procedimiento y demás normas secundarias.

10.- La Contraloría acusaba un insuficiente desarrollo interno, a causa de una ausencia casi total de políticas, estrategias, planes y programas. Por otra parte, su estructura orgánica y funcional resultaba inadecuada.

11.- Los diferentes componentes de la administración financiera funcionaban independientemente, sin una coordinación elemental y en muchos casos de manera contradictoria, atentando gravemente a la armonía del conjunto”.³⁴

Se requería por tanto la adopción de una política financiera y administrativa en el sector público ecuatoriano, un cambio sustancial que comprometiera la cooperación de todos los sectores del país en un esfuerzo por resolver los problemas nacionales del momento histórico.

3.2 *El Peculado Financiero y Bancario*

³⁴ FLORES Uzcátegui Gustavo y GARCIA Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, Obra Citada

El llamado peculado bancario se encuentra tipificado en el Ecuador desde el año de 1872, cuando en la norma se habla de los valores que se encuentran en los bancos del Estado o comerciales.

Allí legislativamente ya se prevé el concepto de lo que son fondos captados del público; como los bancos reciben esos fondos y con ello efectúan operaciones financieras, fundamentalmente de crédito, que es la actividad peculiar del banco, por su naturaleza, hacen que los fondos captados del público entren al orden económico social, en las actividades de los miles de agentes económicos que dinamizan en progresión geométrica con su actividad de producción, distribución y consumo, los dineros que les han sido prestado por los bancos; por ejemplo, si una persona acude a un banco pide un crédito para comprar una furgoneta que le permita repartir encomiendas, como el germen de una empresa de correo expreso, con el solo hecho de adquirir el vehículo con el préstamo dado por el banco, en progresión geométrica, dinamiza el movimiento de los bienes económicos y de la riqueza, desde la primera entrega de paquetes que haga, de múltiples fuentes y personas, de manera que se forma una red en el orden económico de la sociedad.

Por ello cuando en forma abusiva un banquero distrae esos fondos en su propio beneficio o de un tercero, perjudica el orden económico social, que se ve afectado porque los recursos no llegan en forma lícita y oportuna a la sociedad, sino a los bolsillos del banquero corrupto o de sus asociados; allí encontramos los elementos típicos del delito penal económico, como es indudablemente el peculado bancario.

Los elementos del delito penal económico son tres:

1. El orden económico social como bien jurídico protegido,
2. Una maniobra fraudulenta para abusar de los fondos captados del público,
3. La violación, es decir la conducta ilícita que consiste en irrespetar alguna norma, no necesariamente penal, sino que puede ser administrativa, inclusive resoluciones de la Superintendencia de Bancos, para configurar la maniobra abusiva de los fondos de fuente pública.

“Es necesario insistir que desde la más remota redacción normativa respecto al peculado, se configuró este tipo penal que alcanza como sujetos activos no sólo a los funcionarios públicos sino también a los particulares, que aunque sea circunstancialmente tengan a su cargo o puedan disponer en razón de su cargo de fondos públicos o privados; en este ultimo caso, ya existe previsto el peculado bancario, cuando un banquero abusa de los fondos captados que se convierten en fondos públicos, pero provenientes de personas privadas o particulares.

En consecuencia, el peculado bancario estuvo conocido siempre en la legislación ecuatoriana, a partir de 1872.”³⁵

En cualquiera de las formas de peculado, sea éste común o bancario, la conducta a típica podía consistir en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, partamos de un ejemplo:

³⁵DONOSO, Arturo: *Delitos Contra el Patrimonio y Contra los Recursos de la Administración Pública*, Editora jurídica Cevallos, Quito, 2008, p.p. 134 y 135

Caso Inicial:

Un presidente de la Republica poco antes de ser depuesto, ordena que se le entreguen varios cheques de fondos reservados o secretos a cargo de la Presidencia, a través de la Secretaria General del Gobierno; girados los cheques contra la cuenta del Estado, se encarga a dos guardaespaldas y talvez a un edecán, que vayan a cambiar los cheques en el Banco Central, entidad en la que, efectivamente, entregan en varias fundas el dinero a cambio de los cheques presentados; para no llevar varias fundas, se ponen todo los caudales en un saco de costal, con eso el Presidente es depuesto y viaja al exterior ¿Qué conducta de peculado existe en este caso?. Entonces este es una clase de peculado propio, sin embargo de ello no se lo ha podido juzgar ya que no ha regresado al país, debido a que consiguió asilo político en otro país.

Daremos una visión diferente es así que comenzaremos diciendo que existe el abuso de depósitos y créditos bancarios, otras operaciones financieras similares, al respecto, los “Autores Dolcine y Paliero, al hablar de un reciente estudio, sobre los problemas de Derecho Penal Bancario han hecho constar, que dentro de éste ámbito, debe recalcarse la posición diferente que ocupa el factor –Banco- en la etiología y en la dinámica de las infracciones de semejante naturaleza; es decir que hay que acudir, para ofrecer un sistema elemental de aquellas, a tres grupos de hipótesis.

1ra. Hipótesis.- Donde el banco es “autor” de la infracción.

2da. Hipótesis.- En donde el banco es la “Víctima”

3ra. Hipótesis.- Que el banco se presenta como instrumento de la lesión jurídica, proporcionando el medio -económico jurídico- para realizar una infracción que implica un autor y una víctima, ajenos a la institución.”³⁶

Las citadas hipótesis las podemos relacionar con el Peculado Bancario de la siguiente manera:

a) Las infracciones económicos-penales de las instituciones bancarias.

Caben destacar dentro de este apartado, el llamado *insider borrowing*, que consiste en la concesión de autopréstamos bancarios abusivos.

No se trata simplemente de un autopréstamo, porque como advierte Carmen Arasa, que la mera situación del prestatario en relación con su propio banco por parte de los consejeros, directivos o ejecutivos o de empresas en las que éstos tuvieran intereses, no tendría por que ser abusiva, ni en su caso ilegal; en este sentido es bien sabido que para el desarrollo eficaz y a largo plazo de ciertos negocios en los que los bancos se involucren de forma relevante como prestamistas, podrá resultar conveniente la instrumentación de ocasionales cruces que podrán propiciar formas varias de “auto préstamo”.

La infracción penal habrá de ser situada en niveles de autopréstamo que genera un peligro al sistema de garantía de depósitos, que ponga al banco en riesgo de quiebra, incluso afecte en forma notable su posición saneada.

³⁶ ORTEGA Máximo y PALACIOS Aída: *La Criminalidad Económica*, editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 2000, pp.. 141, 142

Bien vale la pena poner el ejemplo del ordenamiento penal suizo, en donde existen dos figuras semejantes al *insider borrowing*, en el que se trata del delito de “abuso de confianza” que el Tribunal Federal suizo ha dicho que el autor que goce de un poder de hecho sobre los bienes de otro y disponga de ellos de manera ilícita.

La extensión de este poder depende del contenido de la relación de confianza entre el autor y la víctima; no se trata por lo tanto de una acción de estafa, sino el quebrantamiento del abuso de confianza, constituido por un comportamiento de malversación.

Así mismo, el Código Penal suizo recoge la figura de la: “administración infiel continuada” (infidelidad de la actividad cambiaria... También, dentro del mismo cuerpo punitivo y según otra sentencia del mismo Tribunal, cabe la figura de autopréstamo abusivo, encasillable dentro de la estafa; dicha sentencia, en efecto, condenó el comportamiento de los miembros del Consejo de la Administración de una Banca por haber considerado créditos desmesurados a un accionista principal; esto motivo que la Banca en cuestión deba ser liquidada por vía coactiva (...)

b) Hipótesis en que el Banco es la víctima de la concesión de crédito.

Además de la posible realización de la estafa (Art. 640 del Código Penal Italiano) en el campo que veníamos estudiando, se considera figura específica la llamada “mentira bancaria”, esta figura en el ordenamiento jurídico alemán aparece como delito de peligro, se castigan comportamientos fraudulentos para con el banco,

consistentes, incluso en el hecho de omitir datos negativos por el demandante del crédito.

Dentro de este aspecto también cabe enumerar: préstamos concedidos con sociedades inexistentes o inactivas, préstamos a personas ficticias, disposición de descubiertos sobre cuentas abiertas con nombre falso, acuerdos “dolosos” con clientes, etc.”³⁷

c) El Banco se presenta como mero instrumento de la infracción.

Esta situación se da cuando se recogen “capitales”, se compran acciones u otros títulos valores sirviéndose sus autores del nombre de bancos legales y de sus técnicas, para aprovecharse de las mismas.

Dentro de este espacio parece que deben incluirse los comportamientos de los agentes mal preparados profesionalmente y ambiciosos que se lanzan a jugar papeles de intermediación financiera, como es obvio, en detrimento de sus “clientes”.

Referente al tema en nuestra legislación, vale la pena examinar el Art. incorporado 257-A. el 13 de mayo de 1999, mediante L. 99-26, publicado en el Registro Oficial No. 190, en el cual se amplía la figura del peculado.

³⁷ ORTEGA Máximo y PALACIOS Aída: *La Criminalidad Económica*, editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, Obra Citada

En efecto este artículo, fue incorporado con el afán de regular el accionar negativo de la bancocracia ecuatoriana, para combatir el “PECULADO BANCARIO” cometido por parte de los banqueros corruptos de nuestro país.

Es el mayor atraco de la historia el Feriado Bancario, ocurrido en nuestro país, es el “robo descarado” de los ahorros de miles de ecuatorianos en el Banco del Progreso, como en todo el sistema financiero nacional.

Cuando se empieza a tipificar los crímenes de peculado relacionados con la actuación dolosa, de los servidores del sistema financiero como de los organismos y entidades del sector público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, con la finalidad de obtener o conceder créditos vinculados, en este caso necesariamente aparecen nuevas figuras delictivas, como el testaferrismo, las empresas de papel, las personas inexistentes o presta nombres entre otras figuras que sorprenden al sistema judicial, las cuales fueron inventadas por los inescrupulosos banqueros.

En efecto, en las últimas décadas del siglo XX ya aparecieron formas de criminalidad económica relacionadas con los modos de utilizar el control de la riqueza (medios económicos) a gran escala, en nuestro país recién empiezan a tomarse en cuenta estos delitos, de varias maneras se trato de criminalizar estas conductas, sin embargo el poder económico puso el freno necesario en el congreso, como en los gobernantes de turno, para que la legislación penal no se desarrollara.

Entre los principales tenemos los siguientes: El reciclaje de fondos de origen ilícito: dinero gris (producto de la evasión fiscal de personas adineradas, empresarios,

desfalcos fraudulentos, etc.); o dinero negro (producto del tráfico de drogas, secuestros, etc.) abuso de información privilegiada: los crímenes informáticos; el abuso de depósitos y créditos bancarios. Este último modo, relacionado con la criminalidad económica, el que tendría que ver con el “peculado bancario” (Derecho Penal Bancario), con los créditos vinculados:

3.3.- *Semejanzas y diferencias entre peculado y malversación de fondos*

Semejanzas:

- 1.- Las dos conductas tipifican la disposición exclusiva de fondos públicos.
- 2.- En las dos formas delictuales el sujeto pasivo de la infracción es la administración pública.
- 3.- Estas clases de infracciones siempre el sujeto activo son los funcionarios públicos.
- 4.- En las dos figuras se disipan fondos públicos y bienes muebles o especies.

Diferencias:

- 1.- Peculado es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público. En cambio que la Malversación significa invertir mal, esto es aplicar indebidamente dineros o valores

públicos haciéndolos servir para otros objetos que los de su destino. Es delito propio de funcionarios y empleados públicos, aunque también se hacen posibles de él, los privados.

2.- Existen elementos constitutivos que distinguen este delito: puesto que el peculado es propio; la conducta criminosa; tiene el dolo específico, en la hipótesis de la distracción. La malversación se comete por imprudencia o negligencia

3.- Es considerado también como peculado: “El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su cargo o de su servicio la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno. La malversación es el crimen que comete el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales públicos una aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados siempre que sea arbitraria, es decir, sin causa que la justifique.

4.- Peculado es la “Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas las cosas de que se apropia. Malversación es la apropiación o distracción voluntarias, en provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, no perteneciente a la administración pública, por parte del funcionario público o del encargado de su servicio público, que está en posesión de ellos por razón de su cargo o servicio

5.- La malversación se distingue del peculado, en que el dinero o la otra cosa mueble, en posesión del funcionario o del encargado del servicio público, no pertenecen a la administración pública.

3.4.- Sanciones

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 233 dispone que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en 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.

Por su parte, el inciso segundo determina que: “Las servidoras y servidores públicos y los delegados o representantes de 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”.³⁸

Como antecedente en la antigua época romana el delito de peculado fue sancionado con la pena capital o sea la muerte; pero a ésta le precedían varias penas que

³⁸ Constitución de la República del Ecuador

aumentaban el sufrimiento de la víctima, se le privaba del agua, del fuego, de su empleo, de su honra.

Más tarde la sanción, fue el destierro para los funcionarios de alto rango, el trabajo en la minas para los empleados inferiores; a esto se sumaba la confiscación de sus bienes, la privación de sus derechos de ciudadanía, la obligación de restituir el duplo o el tercio de lo sustraído.

En nuestra Legislación la sanción por el cometimiento del delito de peculado se sanciona de conformidad con lo establece el Art. 257 del Código Penal de ocho a doce años de Reclusión mayor ordinaria, mientras que a los funcionarios que obtengan créditos vinculados en quebrantamiento de esta norma serán castigados con la pena de cuatro a ocho años de Reclusión³⁹.

Finalmente, el Art. 233 del Código de Procedimiento Penal contempla que si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el Juez de Garantías Penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado.⁴⁰

Debemos estar claros que habido casos en los que ya se han sancionado en ausencia a varios funcionarios públicos por el delito de peculado, muchos de los cuales

³⁹ Código Penal citado

⁴⁰ Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento 360, 13 de enero 2000

se han acogido a la figura de la prescripción de la pena, dando como resultado que siga vigente la impunidad; por lo tanto, no creo que se ha ganado mayor cosa con la suspensión de los referidos juicios en ausencia del imputado.

Conclusiones.-

1.- El delito de peculado es aquel que entraña y ataca a la esencia misma del Estado, apropiándose de los fondos dedicados a la protección del individuo, de toda la sociedad, sustraer los dineros públicos implica atentar contra la salud, la educación, el desarrollo de todos los valores que sustentan la dignidad del hombre.

2.- Analizar el delito de peculado, ha resultado por si solo un tema difícil, el cual atenta a la seguridad jurídica con este tipo de infracciones, los efectos sociales que causa en la sociedad, como el denominado feriado bancario.

3.- Si comprendemos que el término peculado, en nuestra legislación penal engloba tanto la acción, como la omisión, que ellas son formas de manifestación de la voluntad, que origina un resultado, sin embargo está prohibida la interpretación analógica en materia penal, como podemos trasladar la omisión al peculado si este es un delito propio, al hablar de esta sería culposos, llegando a una sanción administrativa según lo planteado en este estudio.

4.- He identificado que el peculado es propio, impropio, por uso oficial diferente, con el tiempo nuestra legislación crea el bancario, apartándose totalmente de la figura de la malversación de fondos públicos.

5.- En esta investigación he dilucidado que lo que conocemos como peculado culposo, está inmerso dentro del campo administrativo netamente.

6.- He determinado que el delito de peculado es eminentemente doloso, agota toda la fase del iter crimines.

Recomendaciones

En el desarrollo de la presente tesis al hablar de los servidores públicos y del servicio público, necesariamente nos conlleva a realizar algunas reflexiones y recomendaciones; así tenemos que:

1.- Los servicios públicos mejorarán cuando el servidor público mejore, entregue todos sus conocimientos, su experiencia, su honradez, su capacidad en beneficio de la colectividad, es decir contar con funcionarios públicos honestos, debidamente calificados, con un gran sentido de cooperación, al margen de cualquier bandera política a la que pertenezca, debidamente remunerados.

2.- Es necesario contar con un sistema educativo que propugne desde los Colegios hasta los Centros de Educación Superior valores morales, éticos, los cuales tengan como principio fundamental el combate a la corrupción en todas sus formas, para contar en el futuro con un servidor público o servidora pública que conozca a profundidad su rol en beneficio de la sociedad.

3.- En la Responsabilidad Penal, me parece muy importante concretamente la realización del examen especial que practica Contraloría General del Estado, en caso de determinar responsabilices penales, la documentación (examen especial) al momento de remitir a la Fiscalía General de la Nación para que inicie la Etapa de Indagación Previa, se debe contar con la cadena de custodia, que será la que garantice el debido proceso, para que los expedientes no sufran alteración alguna y las evidencias lleguen de una manera correcta a los respectivos tribunales.

4.- Existen normas y practicas obsoletas que no permiten un control adecuado de los recursos del Estado, razón por la cual es necesario contar con un marco jurídico apropiado, con procesos adecuados acordes con el avance tecnológico que permita monitorear a los funcionarios públicos que tengan a su cargo o se encuentren en custodia, de los recursos y bienes del Estado.

5.- Considero también que en nuestro país existe la falta de voluntad política para erradicar este mal nacional llamado peculado, si bien se han creado organismos encargados de combatir la corrupción, los resultados no han sido del todo alentadores, posiblemente por cuanto las personas encargadas tengan poca experiencia, o tienen una filiación política o responden a un interés de clase.

6.- Finalmente siempre me he preguntado, si en estos casos de corrupción y de manera particular los delitos de peculado, existe debilidades en las leyes o existe complacencia de los jueces al momento de aplicar la ley al emitir sus fallos, de tal suerte que al no sancionar o de sancionar levemente estos actos de la apropiación indebida de los bienes y los recursos públicos, no debe existir el menor temor o miedo de parte de

los juzgadores, evitando a toda costa la injerencia política en la administración de justicia.

Diferentes tópicos para que tengan viabilidad las conclusiones y recomendaciones:

- 1.- Capacitación desde los Colegios y de los Centros de Educación Superior.
- 2.- Apoyo económico e incremento de personal a las instituciones de control
- 3.- Reformas a las leyes penales, en las que se incorpore la aplicación de la “Cadena de Custodia” en los informes de Auditoria practicada por la Contraloría General del Estado
- 4.- Supervisión periódica de los bienes y recursos del Estado
- 5.- Voluntad Política para combatir la corrupción en los que se encuentra el delito de peculado.
- 6.- Desterrar las prácticas obsoletas de control y permitir un control moderno de acuerdo al avance de la tecnología.
- 7- Contar con los mejores hombres y mujeres que vayan ocupar los cargos de mayor jerarquía en el Sector Público.
- 8.- Independencia de la Justicia
- 9.- Jueces probos, sin temor, miedo y sin ninguna filiación política.

Bibliografía

- Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, sexta edición, Tomo III, s.e. , Buenos Aires-Argentina, 1980
- Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, Tomo I., s.e. ,Buenos Aires, Argentina, 1947
- Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, sexta edición, Tomo III, s.e. , Buenos Aires-Argentina, 1980
- Boquera Oliver, José María: *Derecho Administrativo*, Volumen I, segunda edición, s.e. , Madrid-España, 1977.
- Cancino Moreno, José Antonio: *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, editorial ABC, Bogota, 1994
- Cueva Carrión, Luís: *Peculado* Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia, primera edición, ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2006, s.f
- Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, Volumen V, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1975
- Donoso, Arturo: *Delitos Contra el Patrimonio y Contra los Recursos de la Administración Pública*, s.e. , s.d. , s.f.
- Flores Uzcátegui Gustavo y García Falconí José: *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*, segunda edición aumentada y actualizada, s.e. ,Quito, Ecuador, 1.982
- García, Aurelio: *Ciencia del Estado*, cuarta edición, Tomo II, casa de la cultura ecuatoriana, Quito, 1979
- Jaramillo, Herman: *Manual de Derecho Administrativo*, s.e. , Loja Ecuador, 1999
- Sarria, Eustorgio: *Derecho Administrativo*, quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 1968

Ortega Máximo y Palacios Aída: *La Criminalidad Económica*, editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 2000

Pacheco Osorio, Pedro: *Derecho Penal Especial*, tercera edición actualizada, editorial Temis, Bogota, 1976

Peña Ossa Erleans, Jesús: *Delitos Contra la Administración Pública*, edición actualizada, editoriales jurídicas “Gustavo Ibáñez”, Santa Fe de Bogota, 1995

Ranieri, Silvio: *Manual de Derecho Penal*, editorial Temis, Bogota, 1975

Cretella, Junior: Citado por Emilio Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, editorial astrea, Buenos Aires, Argentina, 1981

Zambrano Pasquel, Alfonso: *Práctica Penal El caso Filanbanco: Peculado Bancario y Extradición*, Tomo II, Editorial Edino, s.d. , s.f.

Fuentes

Constitución de la República del Ecuador

Código Penal, publicado en el R.O. (S) N° 147 de 22 de enero de 1971

Código de Procedimiento Penal

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicado mediante

Decreto Ejecutivo 548, en el Registro Oficial No. 119 de 7 de Julio del 2003

Gaceta Judicial no.5, serie xiv, de mayo a agosto de 1984

Documento de Trabajo N°- 29 sobre la MALVERSACION, emitido por la Contraloría General de la Nación, publicado en Enero de 1.977