

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 81

*El peculado
bancario en la
crisis financiera
de 1998*

Stalin Raza



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

El peculado bancario
en la crisis financiera de 1998

SERIE 
Magister
VOLUMEN 81

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593-2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593-2) 322 8426
uasb@uasb.edu.ec • www.uasb.edu.ec

EDICIONES ABYA-YALA
Av. 12 de Octubre 1430 y Wilson • Apartado postal: 17-12-719 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593-2) 256 2633, 250 6247 • Fax: (593-2) 250 6255
editorial@abyayala.org • www.abayala.org

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593-2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
cen@cenlibrosecuador.org • www.cenlibrosecuador.org

Stalin Raza

**El peculado bancario
en la crisis financiera de 1998**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2008

El peculado bancario en la crisis financiera de 1998

Stalin Raza

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 81

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Ediciones Abya-Yala

Corporación Editora Nacional

Quito, mayo 2008

Coordinación editorial:

Quínche Ortiz Crespo

Diseño gráfico y armado:

Jorge Ortega Jiménez

Impresión:

Impresiones Digitales Abya-Yala,

Isabel La Católica 381, Quito

ISBN: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

978-9978-19-198-9

ISBN: Ediciones Abya-Yala

978-9978-22-727-5

ISBN: Corporación Editora Nacional

978-9978-84-471-7

Derechos de autor:

Inscripción: 028808

Depósito legal: 03997

Título original: *El delito de peculado bancario en el Ecuador y su aplicabilidad a la crisis financiera de 1998*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho

Programa de Maestría en Derecho, mención en Derecho Económico, 2004

Autor: *César Stalin Raza Castañeda*. (Correo e.: stalinraza@hotmail.com)

Tutor: *Ernesto Albán*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0312

Contenido

Dedicatoria / 7

Reconocimientos / 9

Introducción / 11

Capítulo I

Cronología del delito de peculado bancario en el Derecho Comparado y en la doctrina actualmente disponible / 15

1. Legislación de Venezuela / 15
2. Legislación de Colombia / 22
3. Legislación del Perú / 28
4. Legislación de Bolivia / 37
5. La doctrina actualmente disponible / 39

Capítulo II

El delito de peculado bancario en la legislación ecuatoriana hasta el año 1999 y sus posibilidades de aplicación a la crisis financiera iniciada en 1998 / 45

1. Cronología / 45
2. Elementos del tipo penal / 67
3. Características de la crisis financiera de 1998 / 70

Capítulo III

Evolución normativa del delito de peculado bancario a partir de la crisis financiera del año 1998 / 75

1. Ley 99-26, publicada en Registro Oficial No. 190, de 13 de mayo de 1999 / 75

2. Ley 2001-47, publicada en Registro Oficial No. 422, de 28 de septiembre de 2001 / **78**

Capítulo IV

Criterios indispensables de reforma de la figura jurídica denominada «Peculado bancario» y de otros «Delitos bancarios» / 81

1. Criterios de reforma / **81**
2. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero / **82**

Capítulo V

Razones extranormativas que influyeron en la comisión y aplicación judicial del delito de peculado bancario durante la crisis financiera del año 1998 / 87

1. Prácticas irregulares de las administraciones bancarias / **87**
2. Deficiencias en el sistema de control / **94**
3. Ineficacia de la administración de justicia e ineficiencia legislativa / **101**

Conclusiones / **107**

Bibliografía / **109**

Anexo

Control de casos de acuerdo a la información disponible en el Ministerio Público y en la Corte Suprema de Justicia / **111**

Universidad Andina Simón Bolívar / **115**

Últimos títulos de la Serie Magíster / **116**

Dedicatoria

Cuando la vida se ofrece tan generosa y nos permite el privilegio de encontrarnos en el centro de muchas personas que han aportado de diferentes maneras, siempre con sacrificio y desinterés incluso por sí mismas para que uno sea mejor y alcance sus metas, ciertamente que resulta complejo intentar una dedicatoria, más todavía si el solo hecho de pensar en algunos primero que otros resulta de suyo injusto; por ello, antes que dejar en el papel una constancia fría, se convierte en un imperativo vital, que algún día aspiro decir que he cumplido, entregarles en la convivencia más que en la retórica, aquella intensa vibración que pueda condensar todo el amor y gratitud que les tengo, porque al hacer de mi lo que soy, me han dado el privilegio de hacerlos también coexistir en esos pequeños retoños que son el producto de todo este ancestro, mis hijos, a quienes consagro todo cuanto de bueno he podido y aspiro ser.

Reconocimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar que encarna y lucha porque sea posible el sueño más prístino del Libertador.

A los maestros del Área de Derecho y al personal administrativo de la Universidad por su dedicación, desprendimiento y comprensión.

Introducción

Sobre el Delito de Peculado Bancario y su aplicación en la crisis financiera de 1998 no existe todavía un tratamiento prolífico por parte de los autores, estudiosos y aún especialistas de la materia penal económica, por el contrario, son todavía limitados los estudios a este respecto, sin embargo, algunos esbozos, más bien generales, meramente informativos y de tipo más bien estadístico se han realizado en textos especializados de Derecho Penal Económico y de Delitos Bancarios en concreto y en revistas especializadas.

De igual forma, pocos han sido los autores extranjeros que han abordado el tema, ocupándose más bien de los aspectos doctrinales generales del Derecho Penal Económico y lo tangencial que han abordado de la Parte Especial de este Derecho y en particular, del que se conoce como FRAUDE BANCARIO, lo han hecho motivados justamente por las crisis bancarias ocurridas sus diferentes países y que se han presentado, al igual que en el nuestro, como consecuencia fundamental de una excesiva liberalización de mercados financieros,¹ lo que de alguna forma nos permiten asimilar en el campo del Derecho Comparado estas experiencias. En efecto, el tema es tratado, aunque de manera referencial en las obras de autores que han promovido el estudio del Derecho Penal Económico en América Latina, como Humberto Barrera Domínguez *Delitos Contra el Patrimonio Económico*,² Jesús Quintero *Los Delitos Bancarios y seis ensayos hermenéuticos*,³ Marco Telles Ulloa *El Enjuiciamiento Mercantil mexicano*⁴ y finalmente una importante obra de varios autores intitulada *Los Delitos Económicos*.⁵

En la esfera de la investigación académica producida en las diferentes universidades de la región, se ha tratado igualmente el tema, desde la misma perspectiva de las crisis financieras ocurridas en los diferentes países y en este sentido, de manera igualmente referencial, se ha abordado ciertos aspectos del FRAUDE BANCARIO y al efecto, conviene citar las tesis doctorales de los siguien-

1. Ref. en revista *Gestión*, No. 100, octubre de 2002.
2. Bogotá, Temis, 1963.
3. Caracas, Paredes Editores, 1997.
4. México DF, Ed. Mexicana, 1973.
5. Caracas, Vadell Hermanos, 1996.

tes autores: Ricardo Alarcón Gutiérrez, «Crisis y Recuperación de la Banca Privada en Colombia»,⁶ Nicolás Barguil Flores, «Consideraciones sobre la Capitalización de Establecimientos de Crédito»,⁷ y del autor de la presente obra, intitulada «Los Delitos Bancarios en el Ecuador: Causas, Consecuencias y Aspectos relevantes desde los puntos de vista Sustantivo y Procesal».⁸

En todo este material revisado, no existe sin embargo, un tratamiento específico ni lo suficientemente amplio respecto del Delito de Peculado Bancario y es ello justamente lo que se pretende emprender en la presente obra.

Más allá de esto, resulta necesario el estudio de esta figura jurídica del Derecho Penal Económico, en relación con los acontecimientos suscitados en la más reciente crisis financiera ecuatoriana iniciada en el año 1998; crisis producida además de la liberalización de mercados financieros, con el consecuente desmantelamiento de los sistemas de control y supervisión efectivos, a la que ya hicimos referencia en líneas anteriores, también por manejos fraudulentos de los administradores bancarios, que dispendiaron los recursos de los depositantes de las instituciones financieras orientándolos a fines distintos a la intermediación financiera y aún, distrayéndolos en beneficio de sus propios negocios o de sus patrimonios personales; de ahí que años después de ocurrida dicha crisis, se vuelva indispensable dejar constancia de los hechos ocurridos, a la luz de la crítica y el análisis académico, pues ciertamente han circulado varios opúsculos elaborados por panegiristas y corifeos de los intereses económicos y políticos que resultaron comprometidos en dicha crisis financiera, haciéndose entonces necesario que las diferentes disciplinas del conocimiento salgan al paso para dejar a la posteridad un testimonio fehaciente de los caracteres y consecuencias de la crisis financiera e impidan que la historia oficial registre las falacias que le imponen los grupos de poder, como lamentablemente ha ocurrido en otros tantos acontecimientos de la desangrada vida de nuestro país. Vale decir que es también la hora de que se conozca el inventario de dicha crisis y en este sentido, que los diferentes órganos de control e instituciones involucradas, respondan varias preguntas que aún no han encontrado respuesta: ¿Cuánto dinero ha costado efectivamente el salvataje bancario?; ¿Cuál ha sido el resultado de la administración estatal de los bancos cerrados?; ¿Cuánto dinero falta por devolver a los depositantes?; ¿Cómo piensa el Estado recuperar los valores invertidos en el salvataje?; ¿Ha sido efectiva la participación de los órganos de control en los procesos judiciales seguidos?; ¿Se ha sancionado realmente a los verdaderos responsables de la crisis?; ¿Qué medidas estructurales se han adoptado para prevenir futu-

6. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1987.

7. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1985.

8. Universidad Central del Ecuador, noviembre 1999.

ras crisis financieras?; ¿Se ha constituido el Fondo de Garantía de Depósitos para proteger al público que todavía invierte en el sistema financiero? ¿Son actualmente sólidas nuestras instituciones financieras y cumplen con los niveles mínimos de solvencia? ¿Existe una eficiente supervisión a las cuentas de las instituciones financieras para evitar el falseamiento u ocultamiento de información sobre la solvencia patrimonial de las instituciones financieras? Finalmente, el balance de esta crisis debe también responder a la espantosa pregunta de ¿cuántos muertos existieron como resultado de la crisis?

Ya en lo que concierne al ámbito específico de nuestra disciplina y de nuestra investigación, es necesario mencionar que la crisis tuvo su antecedente en el contexto de una tendencia de liberalización de los mercados y la actividad financiera en toda América Latina y obviamente en el Ecuador, proceso en el que se inscribió la legislación nacional reformada en agosto de 1994 con la aprobación de una LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, en sustitución de la LEY GENERAL DE BANCOS existente hasta entonces. Dicha Ley General de Instituciones del Sistema Financiero estableció desde luego un avance importante en la actualización de la legislación bancaria del país a los conceptos flexibles de banca múltiple, que como tales pretenden la creación de un verdadero «sistema financiero» en el país, a través de la autorización a las instituciones bancarias de una amplia variedad de servicios financieros en beneficio de los usuarios, acordes con la dinámica actual de la actividad financiera y la complejidad que supone el ejecutar distintos procesos relacionados con diferentes prestadores de servicios.

Este concepto laudable en principio no excluye sin embargo la intencionalidad última de todo proceso de liberación, que estriba en el mayor desmantelamiento posible de los mecanismos de control, fiel a su premisa teórica de que todo control supone restricción y conculcación de los intangibles atributos de la libertad económica y su congénere más cercana, la libertad de empresa, así como una intromisión del Estado en el principio superior de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, todo esto con el corolario de que así mismo, todo mecanismo de control e intervención por parte del Estado se halla dotado de un agregado ineludible de corrupción.

Acogiendo estos criterios vio la luz la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y se estableció una permisividad que la experiencia ha demostrado resultó ser inconveniente y aún peligrosa para la estabilidad no solo del sistema de pagos, sino de la propia economía y que derivó en el libertinaje de los administradores de las instituciones financieras, con las dolorosas consecuencias que son de todos conocidas.⁹

9. Ver en este sentido diario *El Comercio*, editorial León Roldós Aguilera, 1 septiembre de 1998, p. A4.

De este libertinaje financiero se siguió que muchos administradores bancarios fueron encausados penalmente por la presunta comisión de delitos bancarios, cuya regulación, vale anticipar, al momento de la crisis resultó insuficiente, insuficiencia que se explica desde luego, por esta flexibilización de controles que inspiró la nueva legislación bancaria.

Varios años han transcurrido ya desde la eclosión de la mencionada crisis y al cabo de los mismos se han develado los múltiples tropiezos que han encontrado los organismos de control y la propia administración de justicia para determinar las responsabilidades penales contra los encausados y es así que fueron dos ex administradores bancarios los únicos en ser condenados, mientras que la gran mayoría aún están prófugos y pendientes en su contra diferentes procesos de extradición; aún más, la inestabilidad que ha caracterizado al máximo Tribunal de Justicia del país en los últimos tiempos, ha generado que con la inauguración de cada nueva Corte Suprema de Justicia cobren actualidad los rumores de sobreseimientos en los casos de mayor escándalo, relacionados todos con la sospecha del tráfico de influencias y aún del soborno.

A pesar de que los diferentes procesos penales iniciados tienen por objeto juzgar la presunta comisión del delito de «Peculado Bancario», durante la tramitación de los mismos, este tipo penal ha sido modificado por otros de menor gravedad, como delitos contra la fe pública, contra la propiedad y delitos tributarios, para citar los más conocidos, cuyas penas son absolutamente más benévolas que las previstas para el Peculado Bancario y en la mayoría de casos, susceptibles incluso de caución, cuando no lo han sido por la misma figura del «Peculado atenuado» que aunque resulte de imposible aplicación a los casos bancarios, ha sido artificiosamente utilizado con los propósitos de beneficiar a los encausados con la prerrogativa de la caución y la expectativa de una condena más leve.

Considero que esta realidad fáctica y jurídica amerita un proceso de investigación que permita profundizar en su tratamiento y develar, a la luz del análisis académico los factores que han incidido en la aplicación de este tipo penal económico, para cuyo efecto deben considerarse aspectos estrictamente normativos, que permitirán en el curso del estudio establecer la suficiencia o no de la ley entonces vigente, así como el complejo de aspectos extranormativos que han influido decisivamente en los procesos penales iniciados, a efectos de establecer la aplicabilidad o no del delito de Peculado Bancario, dentro de un proceso de necesaria catarsis social, luego de una crisis financiera de efectos devastadores para la economía nacional y cuyas consecuencias aún no han llegado a cuantificarse en toda su magnitud.

CAPÍTULO I

Cronología del delito de peculado bancario en el Derecho comparado y en la doctrina actualmente disponible

En cuanto al Derecho comparado, circunscribiremos nuestro análisis a las leyes penales de los países andinos, que además de corresponder al ámbito de estudio preferente de la Universidad Andina, para quien se realiza el presente trabajo, ofrecen características similares tanto en lo relacionado con el sistema jurídico romanista que aplican, cuanto a las características de las crisis financieras que se han presentado; todas impregnadas de la tendencia a uniformar las legislaciones de control bancario introduciendo normas ampliamente permisivas inspiradas en la lógica de desregulación de los mercados financieros.

1. LEGISLACIÓN DE VENEZUELA

Bajo estas premisas, iniciaremos con el estudio del Código Penal de Venezuela publicado en la Gaceta Oficial No. 5494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000, vigente a la fecha de realización del presente trabajo, que fue promulgado para adecuar la legislación penal venezolana a los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que contiene los postulados del actual gobierno venezolano presidido por el coronel Hugo Chávez.

El referido Código dedica un capítulo, integrado por un solo artículo –el 195– al delito de Peculado en sentido general, que se lo incluye en el Título III, denominado «De los delitos contra la cosa pública», que a su vez forma parte del Libro Segundo, intitulado «De las Diversas Especies De Delito».

Sin perjuicio de ello, conviene también mencionar otras figuras y tipos penales económicos que se encuentran dispersos en otros apartados del Código Penal venezolano, a efectos de proporcionar una visión aunque sea panorámica de la evolución del Derecho Penal Económico en ese país; así:

El Título VI dedicado a los «Delitos contra la Fe Pública», en su capítulo VI denominado «De las quiebras» establece dos clases de quiebras: las

culpables y las fraudulentas y establece penas que van de tres a cinco años de arresto, que se asimila a la especie de pena conocida en nuestra legislación como la prisión. Esta norma hace expresa remisión a las leyes de comercio para establecer la calificación especial de los sujetos activos de la infracción y las características particulares de las quiebras.

Por último el Título X referido a los «Delitos contra la propiedad» establece de manera general, en su capítulo IV las normas que sancionan la «apropiación indebida», en la que bien podrían encasillarse los delitos cometidos por los administradores, accionistas o empleados de instituciones financieras en perjuicio del público depositante y que dado su interés, se transcriben:

Art. 468. El que haya apropiado, en beneficio propio o de otro, alguna cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado con prisión de tres meses a dos años, por acusación de la parte agraviada.

Art. 470. Cuando el delito previsto en los artículos precedentes se hubiere cometido sobre objetos confiados o depositados en razón de la profesión, industria, comercio, negocio, funciones o servicios del depositario, o cuando sean por causa del depósito necesario, la pena de prisión será por tiempo de uno a cinco años; y en el enjuiciamiento se seguirá de oficio.¹

En atención al propósito de esta parte de la investigación, conviene solamente indicar que estas disposiciones son bastante similares a las previstas en el art. 560 del Código Penal ecuatoriano, respecto de las que se comentará con mayor detalle más adelante.

Llama la atención que a pesar de haber atravesado una crisis financiera de proporciones en los años 1990-1991, en el Código Penal venezolano no se haya incluido un capítulo especial para los «Delitos Bancarios o los Delitos Económicos», cuyo desarrollo doctrinario ha sido en cambio prolífico en este país; sin embargo de lo cual, dichos Delitos constan y con detalle, en la Ley de Bancos de Venezuela, lo que a juicio particular demuestra una inadecuada técnica legislativa, que se ha convertido también en prurito nacional y que consiste en enquistar normas penales en diferentes leyes, contribuyendo de esta manera a la dispersión normativa actualmente existente y a la consecuente falta de sistematización tanto en el estudio especializado de las infracciones, cuanto en la aplicación efectiva de dichas normas al momento de administrar justicia.

La Ley de Bancos de Venezuela, aprobada el 3 de noviembre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial No. 5555 y que entró en vigencia el 1 de enero

1. [www.comunidad, derecho.org/pantin/legis.html](http://www.comunidad.derecho.org/pantin/legis.html)

de 2002, en su Título VII «De las Sanciones y De los Recursos», Capítulo II «De las Sanciones Penales», trae los siguientes tipos penales bancarios:

Captación Indevida. Artículo 430. Serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, crediticia o la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual, o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Aprobación Indevida de Créditos. Artículo 431. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera que aprueben créditos de cualquier clase en contravención a lo previsto en los numerales 1, 2, 3 y 8 del artículo 185 de este Decreto Ley, en perjuicio del banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera de que se trate, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años. En el caso de aprobación de créditos, se exceptúan las operaciones interbancarias a que se refiere el artículo 186 de este Decreto Ley.

Con la misma pena serán castigados quienes, a sabiendas de las limitaciones señaladas en el encabezado de este artículo, reciban los créditos aquí previstos en detrimento del banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera.

Apropiación o Distracción de Recursos. Artículo 432. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Fraudes Documentales. Artículo 433. Quien forje, adultere o emita documentos de cualquier naturaleza o utilice datos falsos, con el propósito de cometer u ocultar fraudes en cualesquiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, será castigado con prisión de nueve (9) a once (11) años.

Información Falsa para realizar Operaciones Bancarias. Artículo 434. Quienes a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Con la misma pena serán castigados, los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en

virtud de el presente Decreto Ley, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.

Información Financiera Falsa. Artículo 435. Quien elabore, suscriba, autorice, certifique, presente o publique cualquier clase de información, balance o estado financiero que no refleje razonablemente la verdadera solvencia, liquidez o solidez económica o financiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en virtud de el presente Decreto Ley, será castigado con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

En caso de que, con base en dicha información el banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, realice el reparto o el pago de dividendos, la sanción se aumentará en un tercio (1/3) de la misma.

Se aumentará en dos tercios (2/3) la pena prevista en el encabezado de este artículo, cuando se omitiere la medida de suspensión del reparto o el pago de dividendos, dictada por parte de cualquier organismo supervisor.

Simulación de Reposición de Capital. Artículo 436. Los socios y los miembros de las juntas directivas de los entes regidos por este Decreto Ley, que realicen la capitalización de dichos entes mediante suscripción simulada o recíproca de acciones, aún cuando sea por interpuestas personas, serán penados con prisión de nueve (9) a once (11) años.

Incumplimiento de los Auditores Externos. Artículo 437. Los auditores externos que suscriban, certifiquen, adulteren, falsifiquen o suministren un dictamen que no refleje la verdadera solvencia, liquidez o solidez económica de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en virtud de el presente Decreto Ley, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Se aumentará en dos tercios (2/3) la pena prevista en el encabezado de este artículo, cuando la persona que incurra en la conducta indicada en el encabezamiento de este artículo, no se encuentre inscrito en el registro de contadores públicos que lleva la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Incumplimiento de los Peritos Avaluadores. Artículo 438. Los peritos avaluadores que suscriban, certifiquen o suministren dictamen mediante el cual no se refleje el valor razonable de realización o de mercado de los bienes, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Oferta Engañosa. Artículo 439. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en virtud de el presente Decreto Ley, que participen en cualquier acto que conduzca a la oferta engañosa de los instrumentos de captación a que se refiere el numeral 5) del artículo 414 de este Decreto Ley, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Responsabilidad en el Fideicomiso. Artículo 440. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados del ente fiduciario que en perjuicio del fideicomitente o beneficiario, le dieren al fondo

fiduciario a su cargo una aplicación diferente a la destinada, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Contravenciones Contractuales. Artículo 441. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de la institución financiera que incumplan con las estipulaciones contenidas en el contrato de fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo de confianza produciéndole al beneficiario o fideicomitente, mandante o comisionante un perjuicio o daño irreparable en su patrimonio serán castigados con pena de prisión de nueve (9) a once (11) años.

Se aumentará la pena prevista en este artículo en un tercio (1/3), cuando la institución financiera utilice los fondos del fideicomiso, mandato, comisión u otro encargo de confianza, para fines contrarios a los previstos en las leyes, o a las instrucciones o medidas dictadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, aún cuando las mismas estén autorizadas por el cliente o contenidas en el respectivo contrato.

Información Falsa en el Fideicomiso. Artículo 442. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados del ente fiduciario que falsearen datos o efectúen declaraciones falsas sobre los beneficios del fondo fiduciario sorprendiendo la buena fe de terceros, induciéndoles a suscribir el contrato de fideicomiso, serán penados con prisión de tres (3) a ocho (8) años.

Ocultamiento de Información en la Declaración Institucional. Artículo 443. Los miembros de la junta administradora, directores o administradores del banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera que funja como Coordinador de un Grupo Financiero, que oculten o presenten informaciones falsas, relevantes para la Declaración Institucional prevista en el artículo 167 de este Decreto Ley, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Revelación de Información. Artículo 444. Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados del banco, institución financiera o casa de cambio, o cualesquiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en virtud de el presente Decreto Ley, que en beneficio propio o de un tercero utilicen, modifiquen, revelen o difundan datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Con la misma pena serán sancionados los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, o cualesquiera de las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en virtud de el presente Decreto Ley, que sin justa causa destruya, altere o inutilice datos, programas o documentos escritos o electrónicos.

Fraude Electrónico. Artículo 445. Quien a través de la manipulación informática o mecanismo similar, con ánimo de lucro, efectúe una transferen-

cia o encomienda electrónica de bienes no consentida, en perjuicio del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, o de un cliente o usuario, será penado con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Con la misma pena serán castigados los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, que colaboren en la comisión de las transferencias antes mencionadas.

Apropiación de Información de los Clientes. Artículo 446. Quien a través de la manipulación informática o mecanismo similar, se apodere o altere documentos, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro documento o efecto personal remitido por un banco, institución financiera o casa de cambio, a un cliente o usuario de dicho ente, será penado con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Apropiación de Información por Medios Electrónicos. Artículo 447. Quien utilice los medios informáticos o mecanismo similar, para apoderarse, manipular o alterar papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro documento que repose en los archivos electrónicos de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, perjudicando el funcionamiento de las empresas regidas por este Decreto Ley o a sus clientes, será penado con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Difusión de Información Falsa. Artículo 448. Las personas naturales o jurídicas que difundan noticias falsas o empleen otros medios fraudulentos capaces de causar distorsiones al sistema bancario nacional que afecten las condiciones económicas del país, serán penados con prisión de nueve (9) a once (11) años.

Pena Accesoría. Artículo 449. Las personas condenadas mediante sentencia definitivamente firme, por delitos castigados de conformidad con este Decreto Ley, quedarán inhabilitadas para el desempeño de cargos en bancos, entidades de ahorro y préstamo, instituciones financieras y casas de cambio, por un lapso de diez (10) años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la condena correspondiente.²

Todo este catálogo de ilícitos bancarios hoy es absolutamente familiar en nuestro país y de una u otra manera, con ligeras variaciones, ha sido la tónica de las malas administraciones bancarias,³ sin embargo, para efectos de establecer símiles entre las normas de los países andinos y el objeto del presente trabajo, que es el «Peculado Bancario», de este conjunto de normas nos interesa aquella contenida en el art. 432, intitulado «Apropiación o

2. Página web citada.

3. En mismo sentido se comenta en tesis doctoral del propio autor intitulada «Los delitos bancarios en el Ecuador: causas, consecuencias y aspectos jurídicos relevantes, desde los puntos de vista sustantivo y procesal», Universidad Central del Ecuador, 1999, en la que se hace referencia a notas periodísticas de los años 1998 y 1999 relacionados con la crisis bancaria.

Distracción de Recursos», que de hecho es la única norma existente en las legislaciones penales de los países consultados que ofrece tanta similitud y cercanía a lo que en Ecuador se ha dado en llamar «Peculado Bancario» y por ello, conviene enunciar los elementos del tipo penal, que luego serán objeto de comparación con la legislación nacional:

1. SUJETOS ACTIVOS: Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio.
2. NÚCLEO DEL TIPO PENAL: Apropiación o Distracción de recursos, en provecho propio o de un tercero.
3. OBJETO MATERIAL: Los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, que se encuentren en depósito, recaudación, administración o custodia.
4. OBJETO JURÍDICO: El Orden Económico Social y el Patrimonio de los depositantes.
5. PENA: Prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Puesto que el análisis detallado de los elementos del tipo penal en el caso del Peculado Bancario ecuatoriano son tratados en otro capítulo del trabajo, por el momento, nos conformamos con dejar establecida la identidad normativa y establecer que el Código Penal ecuatoriano establece en cambio una pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años para esta infracción y que en el caso venezolano, la pena de prisión tiene similar alcance de aquella que en el Ecuador se denomina de igual forma, pues de acuerdo con la Legislación Penal de Venezuela, la pena más grave dentro de las privativas de la libertad es la de *presidio*, como en el Ecuador es la de *reclusión*.

Es importante señalar que como producto de la crisis financiera, en Venezuela al igual que en otros países, incluido el nuestro, las normas legales sancionadoras tienen a endurecerse y es así, que el art. 498 de la Ley de Bancos venezolana establece:

De las Responsabilidades Personales. Artículo 498. Los presidentes, directores, liquidadores, o ejecutivos, administradores, funcionarios y auditores de instituciones financieras intervenidas, estatizadas o en liquidación, así como de sus empresas relacionadas, responderán solidariamente con su patrimonio personal por los daños y perjuicios ocasionados por sus actos a dichas instituciones o a terceros, en aquellos casos en que se demuestre que en su actuación hubo dolo o culpa.⁴

4. Página web citada.

Esta disposición es de capital importancia y se aparta del criterio general de responsabilidad limitada que caracteriza a la conformación jurídica de las instituciones financieras; disposición que fue también introducida y casi en idénticos términos en la Legislación ecuatoriana al aprobarse la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario Financiera, tanto en su versión original, como en sus diferentes y constantes reformas, pero que hasta la fecha no ha encontrado eficaz ejecución.

2. LEGISLACIÓN DE COLOMBIA

El vigente Código Penal de Colombia, que fue promulgado el 24 de julio de 2000 constituye un instrumento que incorpora instituciones jurídico-penales contemporáneas y que pese al énfasis que pone en la sanción de conductas propias de las particulares circunstancias políticas y delincuenciales que son de conocimiento público, relacionadas más bien con los delitos contra las personas, se ocupa también de incorporar dentro de un solo cuerpo legal, los delitos que son objeto de estudio del Derecho Penal Económico; y es así, que en el Libro Segundo, referido a los delitos en particular, en su Título VII agrupa a los denominados «Delitos contra el Patrimonio Económico», entre los que para efectos de esta materia destacan originalmente la Estafa, que se plantea en los siguientes términos:

ARTÍCULO 246. Estafa. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁵

Como puede apreciarse, en la legislación penal colombiana, la Estafa presenta características del tipo penal diferentes a las de la Estafa de nuestro Código Penal, que sustancialmente radica en el elemento objetivo «apropiación» que consta en nuestro Código, frente a una hipótesis mucho más amplia del Código colombiano, que es la «obtención de provecho ilícito», «para sí o para un tercero». Esta referencia amplia permite con mayor facilidad su aplicación a los actos ilícitos cometidos por las administraciones o empleados bancarios consistentes en la disipación o utilización fraudulenta de los recursos del público depositante y establece además la presencia del otro elemen-

5. www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html

to objetivo del tipo penal que es «inducir o mantener a otro en error por medio de artificios y engaños»; elemento que perfectamente podría aplicarse a los hechos que con mucha frecuencia se presentaron en la crisis financiera ecuatoriana del año 1998, en que la intención de captar recursos a cualquier costa por parte de las instituciones financieras condujo a que se realicen efectivamente ofertas fraudulentas, sustentadas principalmente en instrumentos de captación con mayores rentabilidades, que a la larga no resultaron ser tales, sino más bien instrumentos de inversión de recursos que no tenían la característica de «depositarios» y que por tanto no fueron reconocidos al momento de honrar la garantía de depósitos.

Vale aclarar que tanto en el ámbito del Derecho Comparado, cuanto en el Derecho interno, la intención del presente trabajo es plantear o cuestionar la suficiencia normativa de las distintas legislaciones para la sanción de delitos bancarios y particularmente del denominado en nuestro país «Peculado Bancario», estableciendo para este efecto las múltiples normas penales que permitirían encuadrar las acciones u omisiones de los diferentes partícipes y es por ello que pese a existir normas mucho más concretas en el caso colombiano, se ha creído conveniente enunciar también normas penales de carácter general pero aplicables, como la Estafa y el Abuso de Confianza.

El abuso de confianza por su parte se encuentra previsto en el Código Penal de Colombia, en los siguientes términos.

ARTÍCULO 249. Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.⁶

Esta infracción presenta igualmente diferencias respecto de nuestra legislación, primero porque se la considera como un delito independiente, mientras que en nuestro Código constituye apenas uno de los medios para cometer la Estafa; segundo, porque a diferencia de la norma a que nos referimos en líneas anteriores, esta sí exige el elemento objetivo «apropiación» o «uso indebido» de bienes ajenos; y, finalmente, la norma penal colombiana

6. Página web citada.

prevé una condición del tipo penal que resulta interesante (elemento normativo del tipo) y que constituye la entrega de la cosa mueble por un «título no traslativo de dominio», con lo cual se limita esta infracción a la posibilidad de que el abusador de confianza sea exclusivamente el sujeto que en el recto entender y querer del sujeto pasivo no sea más que un depositario, custodio o encargado de la cosa mueble de que se trate; elemento éste que en cambio torna en mucho más aplicable esta infracción a la materia penal bancaria, pues justamente los bienes muebles constituidos por los dineros del público depositante son «encargados» por mérito de un título no traslativo de dominio a las instituciones financieras, con cargo de devolverlos en los plazos y condiciones propios de cada operación financiera; aunque para efectos del caso colombiano habrá que analizar cuáles son los títulos traslativos de dominio que establezca su legislación civil y hay que mencionar también, que los dineros efectivamente son bienes muebles, aunque de naturaleza fungible, razón por la que quien los recibe en depósito queda obligado a devolverlos en cantidad equivalente, que no idéntica, dada su propia naturaleza, empero se considera que la entrega de dinero con el cargo de devolución, no puede considerarse efectuada a título traslativo.

Es importante también analizar que tanto la Estafa cuanto el Abuso de Confianza y la mayoría de delitos contra el Patrimonio Económico, conforme se analizará más adelante, establecen agravantes o atenuantes en relación con la mayor o menor cuantía de los perjuicios ocasionados, tal como reza el inciso segundo de la disposición transcrita.

El art. 250 del mismo Código prevé en cambio la existencia de un «Abuso de confianza calificado», con incremento de la pena de

prisión de tres a seis años, y multa de treinta a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta se cometiere:

4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.⁷

Se ha considerado importante mencionar esta norma, pues no es desconocido, que varias organizaciones de las citadas fueron en el Ecuador perjudicadas en gran cantidad de recursos por el cierre de determinados bancos, encontrándose entre las principales, la Curia Metropolitana de Quito, los Institutos de Seguridad Social de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, órdenes religiosas, organizaciones sindicales, partidos políticos, etc.

7. Página web citada.

El Capítulo Sexto en cambio trata de Las Defraudaciones, de cuyas normas se considera importante mencionar la del artículo 253, que dice:

Alzamiento de bienes. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiére cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁸

En lo que dice relación con atenuantes o agravante de esta clase de infracciones y para demostrar la premisa manifestada en líneas anteriores, se considera igualmente de importancia transcribir lo previsto en el Capítulo Noveno que contiene las «Disposiciones Comunes a los Capítulos Anteriores» y que demuestra la incorporación en la legislación penal colombiana, de criterios reparadores del daño en proporción de cuantías, que son más propios de legislaciones anglosajonas, pero que definitivamente tienen plena vigencia para los casos de los delitos económicos, incluso como mecanismo de política penal dignos de analizarse con mucha mayor atención en nuestra legislación nacional, para que no ocurra lo que lamentablemente presenciarnos en la crisis financiera de 1998, en que los responsables fueron penalmente encausados, apresados incluso dos, pero los recursos cuyo dispendio se les imputó, jamás fueron devueltos ni a los perjudicados directos, ni al Estado, que en último término debió absorber esas pérdidas.

A continuación se transcriben las normas colombianas pertinentes:

ARTÍCULO 267. Circunstancias de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

2. Sobre bienes del Estado.

ARTÍCULO 269. Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.⁹

El Título X, de forma mucho más concreta está dedicado a los «Delitos contra el orden económico social», lo que significa que la legislación colom-

8. Página web citada.

9. Página web citada.

biana reconoce de manera formal y positiva este «Bien Jurídico», planteado desde hace ya tiempo por la doctrina del Derecho Penal Económico e introduce normas absolutamente coincidentes con los postulados teóricos de esta rama jurídica, de las que se considera importante y pertinente para el objeto de nuestro estudio, la siguiente:

ARTÍCULO 302. Pánico Económico. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos.¹⁰

Esta infracción constituye una verdadera innovación que con seguridad fue introducida en la ley penal colombiana luego de haberse producido consecuencias dañosas fruto de la irresponsabilidad de ciertos individuos y sectores interesados en caotizar a la sociedad, por vía de atacar a uno de sus espacios más sensibles, que es precisamente el sistema financiero.

Este arbitrio perverso no fue desgraciadamente ajeno en la crisis financiera ecuatoriana de 1998 y por el contrario, fueron múltiples los anuncios irresponsables que se hicieron desde sectores políticos y económicos interesados, que produjeron corridas de depósitos que culminaron en una crisis sistémica, pues bien sabido es que las instituciones financieras ya no son más los simples custodios de valores que fueron años hace, sino que el negocio de la intermediación financiera es amplio y que como es obvio, el índice de liquidez que se exige a las entidades financieras es el razonable para cubrir retiros de frecuencia usual, de acuerdo con las normas de prudencia financiera que se encuentran ya establecidas, pero definitivamente dicha liquidez resulta insuficiente ante cualquier retiro masivo de recursos, que además genera una crisis de confianza en todo el sistema, cuya naturaleza es absolutamente vulnerable; desencadenando esta crisis sistémica en medidas extremas que en el

10. Página web citada.

caso ecuatoriano debieron adoptarse, como la suspensión forzosa de operaciones del sistema, a la que dio en llamarse «feriado bancario» y la «reprogramación de pasivos»,¹¹ a la que dio en llamarse en cambio «congelamiento de depósitos» y que produjo las traumáticas consecuencias económicas, sociales, jurídicas y políticas de ingrata recordación y cuya factura aún hoy continuamos pagando.

El Capítulo Segundo, intitulado «De Los Delitos Contra El Sistema Financiero» es mucho más concreto todavía e incorpora normas que con algunas variantes, pueden encontrarse también en nuestra Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, de las que para efectos de análisis del Peculado Bancario, conviene citar:

ARTÍCULO 315. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.¹²

Esta disposición guarda similitud con aquella incorporada al art. 257 del Código Penal ecuatoriano y que fue signada como art. 257-A, que tipificó como infracción penal la concesión de créditos vinculados con violación de normas legales, tipo penal al que se saturó con elementos normativos, objetivos y subjetivos, que tornan absolutamente compleja su aplicación y del que nos ocuparemos más adelante.

Como se puede apreciar y como se advirtió ya, en la legislación penal colombiana existe ciertamente un desarrollo muy superior al resto de países del área Andina, en lo que a normativa penal económica y bancaria, más precisamente se refiere; al tiempo que es evidente que en las normas penales económicas colombianas es clara la influencia de los postulados doctrinarios que informan los contenidos de esta parte relativamente nueva del Derecho Penal.

11. La «reprogramación de pasivos» fue establecida mediante Decreto Ejecutivo No. 685, denominado «Movilización del Sistema Financiero», de fecha 11 de marzo de 1999, publicado en R.O. No. 149, de 16 de marzo de 1999.

12. Página web citada.

3. LEGISLACIÓN DEL PERÚ

El Código Penal de la República del Perú, promulgado mediante Ley No. 26198, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 13 de junio de 1993, constituye también un cuerpo normativo muy adelantado en lo que al tratamiento de los Delitos Económicos se refiere; y es así, que recoge en su propio articulado y no haciendo referencia a otras leyes, la diversidad de infracciones económicas hasta hoy conocidas, dedicándoles un capítulo específico, así: En su Título V, dedicado más bien a los delitos contra el Patrimonio, en su Capítulo III trata de la «Apropiación Ilícita» y en su art. 190 manifiesta:

Apropiación ilícita común. El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.¹³

Esta figura penal no se encuentra considerada en el catálogo de delitos de nuestro Código Penal y sus referencias típicas podrían más bien asimilarse a nuestra Estafa; sin embargo, conviene mencionar que los delitos de «Estafa y Otras Defraudaciones» son tratados en el Código Penal peruano, dentro de otro Capítulo de este mismo Título, pero con características típicas mucho más específicas.

Esta infracción de «Apropiación Ilícita» puede bien ser aplicable a los Fraudes Bancarios, pues sus elementos, aunque genéricos ofrecen perfectamente el asidero necesario para encuadrar en ellos las conductas irregulares bancarias; sin embargo, como se verá más adelante, el Código Penal peruano consagra todo un Título a los «Delitos Bancarios», tratados de manera concreta.

Por el momento, vale comentar, que esta «Apropiación Ilícita» tiene como objeto material, entre otros bienes, «una suma de dinero» o «un valor recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante» y la condición de que esa entrega «produzca obligación de entregar, devolver o

13. Código Penal del Perú, www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/pe/cpperu6.htm

hacer un uso determinado», actividades que son justamente aquellas efectuadas a través de la intermediación financiera de las instituciones bancarias; pero lo que llama más la atención es que esta norma penal establece una agravante de la infracción cuando el sujeto activo (denominado en la norma como agente), reúne una o varias de las calidades especiales allí previstas, dentro de las que precisamente se encuentra «el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial», como justamente en el caso de las instituciones financieras, que requieren de la autorización de operación por parte del órgano de control y supervisión correspondiente; de manera que se concluye que esta norma perfectamente puede utilizarse en el Perú para sancionar las conductas fraudulentas de las administraciones bancarias, cometidas en perjuicio de los depositantes, sin que esta norma se encuentre ni en el Título correspondiente a los Delitos Bancarios, ni en el referido al Peculado, pero que por sus características ofrece una mayor posibilidad exitosa de aplicación para casos similares a los sucedidos en nuestro país, en los que el «Peculado Bancario» ha resultado insuficiente.

El Capítulo VI aborda en cambio la hipótesis jurídica de infracciones cometidas mediante lo que denomina el «Fraude en la administración de Personas Jurídicas» y el art. 198 reza:

Administración fraudulenta. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona.¹⁴

14. Página web citada.

Estas normas bien podrían conformar la esfera de lo que ha dado en llamarse «Delitos Societarios», cuyo desarrollo se ha pretendido impulsar en el Ecuador con la aprobación de la nueva Ley de Compañías, que trae precisamente varias figuras penales similares a las aquí transcritas y que las citamos simplemente por efectos de interés para la rama de estudio, antes que por su similitud con el «Peculado Bancario» ecuatoriano, aunque la ejecución de este misceláneo de conductas ilícitas realizado por uno o varios administradores o miembros de los niveles de dirección de una institución financiera, podría inducir a error al resto de integrantes de los cuerpos colegiados encargados de adoptar políticas y decisiones institucionales y en base a ese error, hacerles incurrir en responsabilidades de orden penal, que no les sería imputable, por efectos de la eximente de responsabilidad consistente en el «Error de Hecho».

El Título VI trata en cambio «De los delitos cometidos contra la Confianza y Buena Fe en los Negocios» y su Capítulo I se intitula «Delitos cometidos contra el Sistema Crediticio», denominación adoptada mediante reforma producida mediante Ley No. 27146, publicada el 24 de junio de 1999, cuyas principales normas se transcriben dado el interés que presentan, en cuanto al desarrollo de la normatividad penal económica, aunque no necesariamente para el objeto específico de este trabajo, razón por la que se las comentará muy brevemente:

Artículo 209. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36 incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado o concurso preventivo, realizará, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:

1. Ocultamiento de bienes.
2. Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.
3. Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena. Si la Junta de Acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones en un proceso de insolvencia, concurso preventivo o procedimiento simplificado, según el caso o, el convenio de liquidación o convenio concursal, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen dicha reprogramación o convenio. Asimismo, si fuera el caso de una liquidación declarada por la Comisión, conforme a lo señalado en la ley de la materia, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen el desarrollo de dicha liquidación.

Si el agente realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1), 2) y 3), cuando se encontrare suspendida la exigibilidad de las obligaciones del deudor, como consecuencia de una declaración de insolvencia, procedimiento simplificado o concurso preventivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación de cuatro a cinco años conforme al artículo 36 incisos 2) y 4)

Artículo 212. Podrá reducirse la pena hasta por debajo del mínimo legal en el caso de autores y eximirse de pena al partícipe que, encontrándose incurso en una investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso penal por cualquiera de los delitos sancionados en este Capítulo, proporcione información eficaz que permita:

1. Evitar la continuidad o consumación del delito.
2. Conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes.
3. Conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor. En tales casos los bienes serán destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia.

La pena del autor se reducirá en dos tercios respecto del máximo legal y el partícipe quedará exento de Pena si, durante la investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo del proceso penal en el que estuvieran incurso, restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor, los mismos que serán destinados al pago de sus obligaciones según la ley de la materia. La reducción o exención de pena sólo se aplicará a quien o quienes realicen la restitución o entrega del valor señalado

Artículo 213-A. Manejo ilegal de patrimonio de propósito exclusivo El factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario sobre un patrimonio fideicometido, o el director, gerente o quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial que, en beneficio propio o de terceros, efectúe actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos (2), ni mayor de cuatro (4) años e inhabilitación de uno a dos (2) años conforme al artículo 36, incisos 2) y 4).¹⁵

Si bien este conjunto de normas están orientadas más bien a sancionar a los deudores o grupos de deudores que fraudulentamente buscan la manera de evadir sus responsabilidades con los acreedores y que de ordinario son deudores las personas naturales y jurídicas usuarias del sistema financiero, no es menos cierto que en épocas de crisis como la que vivimos a partir del año 1998, los papeles se cambiaron y fue más bien frecuente que las instituciones financieras devenían en deudoras de sus depositantes y que se aplicaron en muchas ocasiones arbitrios legales, que fueron absolutamente dinámicos y en

15. Página web citada.

el punto culminante de la crisis, hasta anárquicos, para acogerse a programas de vigilancia, reestructuración, control preventivo, saneamiento, en sus modalidades de abierto y cerrado, por mencionar solo varias de las denominaciones que se otorgaron a estos «mecanismos de regularización» bancaria que a toda costa buscaban sostener la situación patrimonial de las instituciones financieras en problemas, tanto en lo que a su liquidez se trató, cuanto a lo que devino en inevitable, sus déficit de solvencia; programas de regularización en los que no fueron ajenas varias prácticas de las mencionadas en la norma penal peruana en comentario, cuanto otras muchas, destinadas a dilatar en el mejor de los casos o a impedir en el peor de ellos, los pagos a los acreedores depositantes de las instituciones financieras.

Por mérito de esto y por la necesidad presupuestaria del Estado de acortar al máximo el monto invertido en el salvataje se produjeron situaciones como el límite de la garantía de depósitos y el reconocimiento exclusivo de esta garantía para acreedores depositarios y no para inversionistas de mayor riesgo, como en los casos de los Fondos de Inversión y en las cuotas de participación fiduciaria, para citar solo dos de los variados mecanismos utilizados como «productos financieros» de un mismo «grupo», que desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, efectivamente no constituían acreencias depositarias, pero cuyas captaciones habían sido conseguidas en la mayoría de ocasiones como producto de una promoción falsa y en otras, utilizando la carnada de mejores rendimientos financieros, dentro de la lógica de una economía especulativa.

Habría sido importante contar al tiempo de la crisis, con una disposición como la últimamente transcrita, para sancionar los ilícitos cometidos con la mala utilización justamente de Fondos de Inversión y de Fideicomisos, para no incurrir en la iniquidad de desconocer las inversiones del público y al mismo tiempo dejar impunes los manejos fraudulentos.¹⁶

Los Títulos VII y VIII tratan por su parte de los «Delitos contra los Derechos Intelectuales» y de los «Delitos contra el Patrimonio Cultural», que son también considerados como «Delitos Económicos».

El Título IX regula los «Delitos contra el Orden Económico», dentro de los que merece destacarse el Capítulo I denominado «Abuso del Poder Económico», que reprime las infracciones cometidas contra la competencia, dentro de las que se ubican los acuerdos colusorios, las prácticas monopólicas u oligopólicas, etc.; así como el Capítulo V, que trata de «Otros Delitos

16. Valga para ilustrar esta afirmación, lo ocurrido con el denominado «Fondo Visión» del Banco Popular, cuyo proceso penal fue tramitado en el Juzgado Séptimo de lo Penal de Pichincha y el Recurso de Apelación conocido y resuelto por la Segunda Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Económicos», dentro de los que se hace constar aquellos que aparecen como infracciones en nuestra «Ley Orgánica de Defensa del Consumidor», como la reticencia de los proveedores a prestar información, la información fraudulenta y engañosa, la promoción falsa, entre otras. Esto demuestra que este Título recoge los enunciados doctrinarios del Derecho de la Competencia, dentro del que se tratan temas del Derecho del Mercado y del Derecho del Consumidor

El Título X otorga un tratamiento específico a los «Delitos Bancarios», bajo el epígrafe de «Delitos contra el Orden Financiero y Monetario», cuyas disposiciones igualmente por la importancia que implican para el análisis, se transcriben a continuación:

Artículo 244. Concentración crediticia. El director, gerente, administrador, representante legal o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público, que directa o indirectamente apruebe créditos u otros financiamientos por encima de los límites legales en favor de personas vinculadas a accionistas de la propia institución, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa (sic), si como consecuencia de ello la institución incurre en situación de insolvencia. Serán reprimidos con la misma pena los beneficiarios del crédito que hayan participado en el delito.

Artículo 245. Ocultamiento, omisión o falsedad de información. El director, gerente, administrador, representante legal o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público, que con el propósito de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución, omite o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic).

Artículo 246. Instituciones financieras ilegales. El que, por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic).

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic).

Artículo 247. Financiamiento por medio de información fraudulenta. El usuario de una institución bancaria, financiera u otra que opera con fondos del público que, proporcionando información o documentación falsas o mediante engaños obtiene créditos directos o indirectos u otro tipo de financiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro

años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic). Si como consecuencia del crédito así obtenido, la Superintendencia de Banca y Seguros resuelve la intervención o liquidación de la institución financiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa (sic).

Los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución que cooperen en la ejecución del delito, serán reprimidos con la misma pena señalada en el párrafo anterior y, además, con inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Artículo 248. Condicionamiento de créditos. Los directores, gerentes, administradores o funcionarios de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público que condicionan, en forma directa o indirecta, el otorgamiento de créditos a la entrega por parte del usuario de contraprestaciones indebidas, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Artículo 249. Pánico financiero. El que produce alarma en la población mediante la propalación de noticias falsas, ocasionando retiros masivos de depósitos de cualquier institución bancaria, financiera u otras que operan con fondos del público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic).

Artículo 250. Omisión de las provisiones específicas. Los directores, administradores, gerentes y funcionarios, accionistas o asociados de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros u otra entidad de regulación y control que hayan omitido efectuar las provisiones específicas para créditos calificados como dudosos o pérdida u otros activos sujetos igualmente a provisión, inducen a la aprobación del órgano social pertinente, a repartir dividendos o distribuir utilidades bajo cualquier modalidad o capitalizar utilidades, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (sic).

Artículo 251. Desvío fraudulento de crédito promocional. El que aplica o desvía fraudulentamente un crédito promocional hacia una finalidad distinta a la que motivó su otorgamiento, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Artículo 251-A. Uso indebido de información privilegiada. Formas agravadas. El que obtiene un beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico en forma directa o a través de terceros, mediante el uso de información privilegiada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años.

Si el delito a que se refiere el párrafo anterior es cometido por un director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de

riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros, la pena no será menor de cinco (5) ni mayor de siete (7) años.¹⁷

Como puede apreciarse, todo este Título contiene varios de los mecanismos utilizados para la comisión de «Delitos Bancarios»; algunos de ellos previstos también en nuestra Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que indudablemente es mucho más completa que el Código peruano, aunque las penas establecidas en ella son en todos los casos de menor gravedad, tanto en los años de la pena, cuanto en el hecho de que así mismo en todos los casos se trata de delitos sancionados con penas de prisión, que por ese solo hecho comportan la facilidad de acceder a la caución, en cualquiera de sus formas.

En esta parte, si bien el Código peruano no configura una infracción que pueda asimilarse al Peculado Bancario ecuatoriano, menciona en cambio, esta gama de mecanismos, que en forma aislada o como Concurso de Infracciones conducen al complejo que significa la crisis de una institución financiera a causa de la realización de conductas ilícitas y peor aún, la crisis de todo el sistema por la misma causa.

El Título XI se refiere en cambio a los «Delitos Tributarios» y el Título XII contiene como Capítulo Único, el referido a los «Delitos contra la Ecología, los Recursos Naturales y el Medio Ambiente», que son también considerados como «Delitos Económicos».

Por último, el Título XVIII trata de los «Delitos contra la Administración Pública» y el Capítulo II, Sección III trata del «Peculado», en los siguientes términos:

Artículo 387. Peculado El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos

17. Página web citada.

estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 392. Extensión de punibilidad. Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.¹⁸

Merece la pena indicar, aunque no es el propósito directo de este trabajo, que la figura jurídica del Peculado peruana, entendida en toda su acepción como delito contra la Administración Pública, tiene características bastante similares a las del Peculado ecuatoriano, entendido en el mismo sentido, pero que igualmente presenta diferencias importantes, como el hecho de penalizar también al agente cuando la infracción se ha cometido como resultado de su «Culpa», en el sentido de negligencia e inobservancia de normas y procedimientos, circunstancia del elemento «Culpabilidad» de la Teoría del Delito que se encuentra excluida en el Ecuador, al igual que en otros países del continente, en los que el delito de Peculado requiere siempre del «Dolo» del agente.¹⁹

Otra diferencia que merece resaltarse es la agravante que se considera para cuando el abuso de fondos se ha producido en recursos destinados a «fines asistenciales» o «programas de apoyo social», lo que contrasta con el Peculado ecuatoriano, en el que es agravante el abuso de fondos destinados a la «Seguridad Nacional».

Por último, igual comentario merece, aunque el contraste es diferente, la disposición del art. 392 también transcrita, de acuerdo con la cual, por excepción se considera también objeto material de protección jurídica, los dineros privados que pertenecen a «entidades de beneficencia o similares» y aquellos dineros o bienes que están confiados a depositarios judiciales, siendo este alcance cercano pero no igual al que en Ecuador se hiciera para sancionar con la misma pena del Peculado el abuso de dineros privados a cargo de bancos de comercio, además de los fondos del IESS, tal como constaba en la norma vigente hasta 1999.

18. Página web citada.

19. Tanto la culpa como el dolo se encuentran definidas en el art. 14 del Código Penal ecuatoriano.

4. LEGISLACIÓN DE BOLIVIA

El Código Penal de Bolivia, que se encuentra vigente en su última codificación desde el 2 de abril de 1973, por su parte, trata la figura jurídica del Peculado, en el Capítulo I del Título II del Libro Segundo, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 142. (Peculado). El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

ARTÍCULO 143. (Peculado culposo). El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año y multa de veinte a cincuenta días.²⁰

Al igual que el Código Penal peruano, en Bolivia se considera al delito de Peculado como un «Delito contra la Función Pública», pero es mucho menos amplio, pues se circunscribe a la «apropiación de dinero, valores o bienes», como núcleo del tipo penal y no al «abuso», como en el caso de los Códigos peruano y ecuatoriano. Por otra parte, también en Bolivia es objeto de pena la «Culpa» del agente y no solo el «Dolo», tal como se había comentado ya al tratar del Código del Perú.

En cuanto a los Delitos Económicos, el Código Penal boliviano no presenta un desarrollo comparable siquiera con sus similares de Perú y Colombia y contiene en su Título VI intitulado «Delitos contra la Economía Nacional, la Industria y el Comercio», varias infracciones en las que son más bien sujetos activos los propios funcionarios públicos, en los casos de celebración de contratos lesivos al Estado, de Destrucción de bienes del Estado, de Conducta Antieconómica, que la define como la mala administración de funcionarios públicos cometida contra el patrimonio de entidades públicas; y, de Infidencia Económica, definida como el aprovechamiento por parte de funcionarios

20. Código Penal de Bolivia, www.rijcajpe.org.pe

El Código Penal de Bolivia introduce el concepto de «día-multa» y es así, que el art. 29 de dicho cuerpo legal manifiesta:

«(Multa). La multa consiste en el pago a la Caja de Reparaciones, de una cantidad de dinero que será fijada por el juez en días-multa.

El importe de un día-multa, será determinado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada diaria del mismo.

El monto será de uno a quinientos días-multa».

públicos, de información privilegiada en cuanto a aspectos de la política económica del Estado, para citar los más importantes.

El Capítulo II de este mismo Título trata en cambio de los «Delitos contra la Industria y el Comercio» y como parte de ellos se destacan el Sabotaje, la realización de huelgas ilegales, la adulteración de productos o «Fraude Comercial» y la sanción a las prácticas monopólicas, que son las únicas disposiciones de mayor relación con el Derecho Económico.

El Capítulo IV «Estafas y Otras Defraudaciones», del Título XII dedicado a los «Delitos contra la Propiedad», trata de las Quiebras y del Alzamiento de bienes, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 343. (Quiebra). Se impondrá la pena de privación libertad de dos a seis años, al comerciante, personero de sociedad o representantes legales que ejercieren el comercio a nombre de menores o incapacitados, cuya quiebra fuere declarada fraudulenta con arreglo al Código de Comercio.

Sí la quiebra fuere declarada culpable, la sanción será disminuida en un tercio.

Incurrirán en la mitad de la pena establecida en este artículo los cómplices e instigadores que a sabiendas indujeren, antes o después de la declaración de quiebra, a realizar los actos ilícitos a que se refiere el Código de Comercio.

ARTÍCULO 344. (Alzamiento de bienes o falencia civil). El que no siendo comerciante se alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere otro fraude, con el propósito de perjudicar a sus acreedores, incurrirá en privación de libertad de dos a seis años.²¹

Por último, el Capítulo V del mismo Título, se refiere a la «Apropiación Indebida», de la siguiente forma:

ARTÍCULO 345. (Apropiación indebida). El que se apropiare de una cosa mueble o un valor ajeno, en provecho de sí o de tercero y de los cuales el autor tuviere la posesión o tenencia legítima y que implique la obligación de entregar o devolver, será sancionado con reclusión de tres meses a tres años.²²

Contiene este título una disposición final en la que se establecen agravantes y atenuantes, así:

ARTÍCULO 349. (Agravación y atenuación). En los casos de los artículos 345, 346 y 348, la pena será aumentada en un tercio, cuando el autor hubiere recibido la cosa:

1. En depósito necesario.

21. Página web citada.

22. Página web citada.

2. Como tutor, curador, síndico, liquidador, inventariante, albacea testamentario o depositario judicial.

3. En razón de su oficio, empleo o profesión.

Y atenuada en un tercio, si el autor sólo hubiere hecho uso indebido de la cosa recibida, en los casos anteriores.²³

El numeral 3 permitiría la aplicación de esta norma a los casos de fraude bancario, con pena agravada, justamente porque las entidades depositarias ejercen esta función, entre otras propias de la intermediación financiera, como parte de su especialidad para las que están expresamente autorizadas por el organismo de control respectivo.

Vale mencionar por justicia, que el Capítulo X de este mismo Título contiene dos disposiciones que sancionan los Delitos cometidos Contra los «Derechos de Autor».

Finalmente, la Ley de Bancos e Instituciones Financieras de Bolivia que se encuentra vigente no establece tampoco tipos penales bancarios, sino exclusivamente sanciones de orden administrativo, que no son en absoluto de interés del presente trabajo, razón por la cual, ni siquiera se las menciona, limitándose a mencionar que dichas sanciones se han de imponer «sin perjuicio» de las acciones civiles o penales a que haya lugar.

5. LA DOCTRINA ACTUALMENTE DISPONIBLE

En lo que tiene que ver con la doctrina actualmente disponible, es necesario manifestar que ciertamente ha resultado escasa para efectos de la realización del presente trabajo, en atención al hecho mismo de que la figura jurídico-penal del Peculado Bancario es sui generis y propia de la legislación ecuatoriana, razón por la que el estado de desarrollo doctrinal es más bien amplio en cuanto al tratamiento de aspectos genéricos a cerca tanto del «Peculado General» como del «Derecho Penal Económico», como disciplina del Derecho Penal y dentro de ella, del «Derecho Penal Bancario» como rama específica, sin que haya existido aún un desarrollo concreto de cada uno de los delitos bancarios, sin perjuicio de lo cual, existen obras principalmente de autores venezolanos, que realizan ya un esbozo de compilación de las figuras penales bancarias más usuales, de acuerdo con la experiencia de la crisis financiera venezolana; es así, que en textos de este país se efectúa un tratamiento sumario a cerca de las principales figuras jurídico-penales introduci-

23. Página web citada.

das en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, de las que por aproximación y similitud con el Delito de Peculado Bancario que estamos tratando, podemos referir la *Apropiación Indevida o Distracción de recursos bancarios*, que es comentada en los siguientes términos:

La disposición legal que se considera, esto es, el artículo 290 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, es superflua. La conducta típica, en definitiva, coincide con el delito de apropiación indebida pero descrito con menor precisión técnica. Si el efecto buscado era aumentar el límite mínimo de la pena conminada hubiera sido preferible declararlo así, para el caso en que la apropiación indebida calificada hubiere sido cometida por un funcionario o empleado bancario.

Problemas de mayor complejidad pueden suscitarse en la aplicación de esta norma cuando se trata de bancos del Estado en cuyo caso la conducta concurre con el delito de peculado previsto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Estas deficiencias técnicas generan no solo problemas de interpretación de las leyes de fondo sino también, por añadidura, problemas de competencia y de procedimiento.²⁴

Como puede apreciarse, existe la diferenciación plena entre los delitos de apropiación indebida y el de peculado previstos en la legislación venezolana. Consideramos de importancia resaltar esta diferencia, pues en la glosa que se hace a la norma que establece el delito de «apropiación indebida o distracción de recursos bancarios» en la Ley General de Bancos, se establece con claridad que éste se asimila más bien a la figura penal ecuatoriana de la Estafa (apropiación indebida de dineros en Venezuela) y que solo se podría acercar al Peculado, si el sujeto activo reúne la previa calificación de ser funcionario público o de ser funcionario de un banco del Estado.

Adicionalmente, el mismo autor, al referirse ya a aspectos técnico penales del delito previsto en el art. 290 de la Ley General de Bancos de Venezuela, establece que

El bien jurídico protegido con la incriminación es el patrimonio del banco o instituto de crédito, entendido como prenda común de sus acreedores, en contra de la acción de sus administradores o empleados, que pretendan apropiarse o hacer uso indebido de los bienes que integran los activos del banco o

24. Jesús Ramón Quintero P., «Los delitos financieros», en *Los delitos económicos*, Caracas, Vadell Hermanos, junio de 1996, p. 19.

instituto de crédito cuya administración, en sentido amplio, les haya sido confiada en razón de su cargo.²⁵

Respecto de esta afirmación del autor, vale resaltar, que su estado de desarrollo doctrinal no alcanza aún para entonces la conceptualización del Bien Jurídico «Orden Económico Social», difundida ampliamente hoy en las obras de Derecho Penal Económico, sino que incluso por inferencia lógica, (que además es plenamente válida) determina que la afectación inmediata se produce al «patrimonio del banco o instituto de crédito del que se trate».

En cuanto a los sujetos activos manifiesta «Sujeto activo del delito pueden ser solo los miembros de la junta administradora, directores, administradores o empleados de un banco o instituto de crédito. Es este delito por consiguiente uno de aquellos que la doctrina denomina delitos especiales, esto es, que requieren para su perpetración, en el sujeto activo, determinadas cualidades».²⁶

Como puede apreciarse, ya en el año 1997 en que fue comentada esta norma, que a su vez data del año 1993, la legislación venezolana dejó sentada la premisa de que son sujetos activos de la infracción tanto los administradores, como los empleados bancarios, tema que se mantuvo confuso en el Ecuador, hasta las reformas producidas en marzo de 1999, conforme se indica con mayor amplitud en otros capítulos del presente trabajo.

En cuanto a la conducta del agente, el autor establece que es exigencia del tipo penal la «apropiación» o «distracción» de los recursos del banco o instituto de crédito; lo que en paralelo a la legislación ecuatoriana permite compararlo con las expresiones «apropiación» o «abuso» previstas en el Peculado en general y aplicables al Peculado Bancario. Resulta además obvio, que el objeto material de la infracción solo pueden ser los «recursos del banco o instituto de crédito que se encuentren a su cargo en razón de su empleo o función», referencia del tipo penal que no requiere ningún comentario adicional.

En cuanto a la expresión de la ley venezolana «distracer», el autor hace suya la explicación de Manzini, afirmando que «distracer, siempre en la lengua italiana, se refiere tanto al hecho de no querer o de ponerse dolosamente en condiciones de no poder responder de la cantidad debida, como al de dar otro destino, o dirigir a otro uso, cosas de que se tienen que responder en especie».²⁷

25. Jesús R. Quintero P., *Los delitos bancarios. Seis ensayos hermenéuticos*, Caracas, Paredes Editores, 1997, p. 22.

26. *Ibíd.*, p. 23.

27. Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, UTET, 1935, p. 112, citado por Jesús Quintero, *ibíd.*, p. 31.

Puesto que el título de la obra hace énfasis en los «ensayos hermenéuticos», el autor de la misma pone especial atención en comparar los principios rectores de la Teoría General del Delito, respecto de esta nueva especie de delitos que son los Delitos Bancarios y es por ello, que abunda en elucubraciones de la dogmática penal, muy ilustrativas por cierto, para efectos de una consolidación de los conocimientos generales que sobre esta Teoría se pueda tener, así como para un necesario ejercicio deductivo, pero totalmente ajeno en cambio a los medios y formas casuísticas de la comisión de dichos delitos.

Es de rigor también citar a autores que han contribuido de manera decisiva en la caracterización del Derecho Penal Económico como disciplina especial del Derecho Penal, como Klaus Tiedemann,²⁸ Esteban Righi²⁹ y Carlos Martínez-Buján Pérez,³⁰ para citar tres de ellos, que si bien no abordan las figuras penales y menos aquellas relacionadas con el Peculado Bancario, aportan en cambio a un mejor entendimiento general a cerca del desarrollo de esta parcela del Derecho Penal y constituyen fuentes de consulta obligatoria para los interesados en la misma.

En el ámbito nacional, existen escasos textos publicados respecto del Peculado Bancario y son mucho más frecuentes las opiniones vertidas en notas de prensa relacionadas con la crisis financiera y el desarrollo de los procesos penales que se han instaurado, sin embargo, merecen la pena mencionarse artículos como el publicado por Reinaldo Calvachi Cruz,³¹ en el que se hace un análisis de los elementos del tipo penal, siguiendo la metodología general de la Teoría General del Delito, concluyendo en que la legislación vigente «adolece de muchas deficiencias, debido a interpretaciones ilógicas y antitécnicas»; que se ha legislado «apresuradamente ante hechos coyunturales»; que es necesario «rehacer el catálogo de delitos cometidos por funcionarios públicos»; que «deberá introducirse en el Código Penal un título específico sobre delitos financieros»; y que «por la complejidad de los delitos financieros es importante que su juzgamiento no esté a cargo de un juez penal ordinario sino de uno que tenga conocimientos específicos sobre dicha materia».

Merece igualmente la pena citar la obra denominada «La Criminalidad Económica», de los autores Dr. Máximo Ortega y Dra. Aída Palacios, editada

28. Klaus Tiedemann, «El concepto de delito económico y de derecho penal económico», en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1995, pp. 462-475.

29. Esteban Righi, *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991.

30. Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

31. Reinaldo Calvachi Cruz, «El peculado bancario», en revista *Juris Dictio*, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año III, No. 6, pp. 98-105.

en el año 2000, en la ciudad de Cuenca,³² que constituye un aporte valioso al análisis del «Delito Económico», desde la perspectiva criminológica, antes que desde el análisis exegético de las normas; sin embargo de lo cual, hace una breve referencia tanto al Peculado en general, como al «Peculado Bancario», respecto del cual manifiesta:

Continuando esta vez valdría la pena detenernos a examinar el art. 257 A ya que es un artículo incorporado el 13 de mayo de 1999, mediante L 99-26 del R.O. 190, con el que se quiere ampliar la figura jurídica del peculado. En efecto, este artículo, probablemente ha sido incorporado con el afán de regular el accionar negativo de la bancocracia ecuatoriana y lo que es más para frenar lo que se ha dado en llamar el PECULADO BANCARIO.³³

De lo transcrito se pueden coleccionar dos premisas fundamentales: la primera, que los autores dan por cierto el hecho de que el «Peculado Bancario» existe solo después del 13 de mayo de 1999; y, segunda, que están plenamente convencidos y conservan una importante carga emocional, a cerca del «accionar negativo» de la «bancocracia ecuatoriana»; premisa esta última que puede ser perjudicial para un análisis académico que sin llegar a ser anodino, aspire efectivamente a ser objetivo.

32. Máximo Ortega y Aída Palacios, *La criminalidad económica*, Cuenca, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 2000.

33. *Ibíd.*, p. 140.

CAPÍTULO II

El delito de peculado bancario en la legislación ecuatoriana hasta el año 1999 y sus posibilidades de aplicación a la crisis financiera iniciada en 1998

1. CRONOLOGÍA

El propósito de esta parte de la investigación es realizar un breve recorrido por la historia del delito de «Peculado Bancario»; figura que conforme se apreciará más adelante, aparece recién con una de las múltiples reformas producidas al art. 257 del Código Penal vigente, promulgado el año de 1938 y que se encuentra formando parte del Libro II, Título III, Capítulo V del referido cuerpo legal; sin embargo, referirse exclusivamente a estas disposiciones resultaría incompleto, pues es fundamentalmente intención del presente trabajo establecer los antecedentes normativos que han existido en la evolución de la ley penal ecuatoriana, desembocando en la actual configuración de la infracción en estudio.

Con este antecedente, resulta indispensable mencionar que el «Peculado Bancario» de acuerdo a la particular configuración de la legislación ecuatoriana en esta materia, encuentra sus orígenes en el delito de «Peculado», como una infracción que atenta contra el bien jurídico *PATRIMONIO DEL ESTADO* o *PATRIMONIO PÚBLICO* del cual ha asimilado el nombre y nace del error de equiparar la protección de dicho bien jurídico con aquella del bien jurídico *PATRIMONIO DEL PÚBLICO DEPOSITANTE*. Al respecto cabe mencionar que esta errada asimilación se produce por la similitud semántica, que no conceptual entre los términos *FONDOS PÚBLICOS* y *FONDOS DEL PÚBLICO*.

A pesar de lo manifestado, la naturaleza del Peculado Bancario, según se desprende de las premisas lógicas y típicas que lo conforman, es la protección de los recursos confiados por el público a las instituciones financieras, para su custodia y correcta administración profesional,¹ lo que inevitablemente nos conduce a incursionar en otra categoría de infracciones, aquellas en las que los principales bienes jurídicos protegidos son la PROPIEDAD y la FE

1. Definición propia del autor, de acuerdo a lo que él interpreta como las «premisas lógicas y típicas» que lo conforman. Debiendo entenderse por «típicas» aquellas referidas al TIPO PENAL.

PÚBLICA, esto sin perjuicio de los desarrollos doctrinales modernos que confieren categoría autónoma de bien jurídico al ORDEN ECONÓMICO, cuyo análisis será objeto de otra parte de la investigación.²

Por lo expuesto, resulta necesario analizar los Códigos Penales vigentes en la historia republicana del Ecuador, a la luz de las infracciones que se establecen en ellos, tanto para sancionar los atentados contra el patrimonio del Estado, cuanto para sancionar las transgresiones al patrimonio individual o colectivo y la misma fe pública, cuya enunciación sola resulta algo etérea, razón por la que efectuando una ligera digresión, se incluyen varias definiciones de lo que ha de entenderse por tal, para efectos de mejor contextualizar el análisis en la línea de pensamiento que se está utilizando:

Guillermo Cabanellas manifiesta que

Fe Pública equivale a veracidad, confianza, autoridad legítima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambios y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, a cerca de actos, hechos y contratos realizados o reproducidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad.³

Manzini por su parte, citado por Efraín Torres Chávez sostiene que Fe Pública es la «confianza colectiva en la que se fundamentan determinadas relaciones sociales, relativas a la circulación de monedas, medios de autenticación o certificación y documentos, así como a la actividad industrial y comercial».⁴

El *Diccionario de la Lengua Española* por su parte define al término Fe con las siguientes acepciones:

1. Creencia en la bondad o valor de alguien;
2. Creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice;
3. Palabra que se da o promesa que se hace a uno con cierta solemnidad o publicidad;
4. Seguridad, aseveración de que una cosa es cierta; documento que certifica la verdad de una cosa.

2. Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico. Parte general*.

3. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.

4. Efraín Torres Chávez, *Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*, vol. III, Edit. UTPL, 1996, 8a. ed.

Respecto de Fe Pública, el mismo *Diccionario* expresa que es la «autoridad atribuida oficialmente a los notarios y otros funcionarios para asegurar la verdad de los actos celebrados ante ellos».⁵

En consecuencia, el Estado asigna a la Fe Pública la categoría de Bien Jurídico tutelado, en la medida que la convivencia social requiere de confianza y seguridad jurídica, tanto en la buena fe de personas e instituciones, como en la autenticidad de los instrumentos públicos y privados.

Planteado de esta manera el contexto, el delito de Peculado Bancario ha tenido la siguiente cronología en la legislación penal ecuatoriana:

Código Penal de 1837

Este Código se encuentra estructurado por un Título Preliminar que contiene normas de carácter general y dos Libros, denominados respectivamente «Parte Primera», dedicada a los «Delitos contra la causa pública» y «Parte Segunda», dedicada a los «Delitos contra los particulares».

Es precisamente en la «Parte Primera», que se consigna el Título Sexto, denominado «De los Delitos contra la Hacienda Nacional», en el que se recogen varias figuras jurídico-penales como «extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda nacional» (Capítulo I); delitos aduaneros (Capítulo II); y, «fraudes cometidos por los proveedores» (Capítulo III), que constituyen un esbozo de construcciones legislativas posteriores; dos de las cuales, la malversación y las defraudaciones cometidas por los proveedores en concierto con los funcionarios públicos encargados de las adquisiciones de bienes se integraron a la figura jurídica del Peculado en los Códigos posteriores.

El Título Séptimo, intitulado «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones» contiene en cambio las figuras jurídicas del «prevaricato» (Capítulo I); del «Soborno, Cohecho y Regalos que se hacen a los que ejercen algún cargo o empleo público» (Capítulo II); del «Extravío, Usurpación y Malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos» (Capítulo III); y, de «Extorsiones, Estafas y Vejaciones cometidas por los funcionarios públicos».⁶

De estas disposiciones interesan aquellas contenidas en los respectivos capítulos III de los Títulos Sexto y Séptimo, que contienen casi idénticas infracciones, cuyos elementos típicos son:

5. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 2001, 22a. ed.
6. Código Penal de 1837, expedido por la Legislatura de la República del Ecuador el 14 de abril de 1837.

- a) Sujeto Activo: Tesoreros, administradores, contadores y cualesquiera otros funcionarios públicos que administren, recauden o de *cualquier modo manejen*;
- b) Objeto Material: Caudales o efectos de la *hacienda nacional*;
- c) Uso para objetos diferentes a aquellos para a que deben ser destinados (malversación);
- d) Dejar de cumplir las atenciones de la misma hacienda nacional en el respectivo ramo;
- e) Extravío o usurpación graduada de acuerdo al monto de las fianzas que hubieren rendido; inadecuado manejo de las cuentas; abuso de fondos en general (Esbozo de Peculado)

Resulta interesante mencionar la disposición del art. 336 de las normas en estudio, que establece la responsabilidad *culposa* de los funcionarios públicos, para quienes se establece la pena de *destitución de sus empleos y resarcimiento a la hacienda pública de los efectos o caudales*.

En cuanto al Capítulo III del Título Séptimo, contiene referencias típicas casi idénticas, con la particularidad de que constituye en Sujetos Pasivos de estas infracciones a los funcionarios públicos encargados de la recaudación, administración, depósito o distribución de caudales, rentas o bienes pertenecientes a la *comunidad de algún departamento, provincia, cantón, parroquia o algún establecimiento público*; siendo a tal punto semejantes las infracciones –por no decir idénticas– que se efectúa una expresa remisión a las disposiciones del Título anterior en lo referente a las penas (Ley penal incompleta).

Esta dedicación exclusiva de todo un capítulo para una tarea elemental como ampliar la referencia a los sujetos pasivos demuestra en primer lugar, una incipiente técnica legislativa y en segundo lugar –y quizá lo más importante– la diferenciación expresa que el legislador quiso resaltar entre *hacienda nacional* y *hacienda local*, a tal punto de otorgarles la categoría de bienes jurídicos distintos. Lo que resulta incomprensible es en cambio la razón de incluir dentro de la «hacienda local» también al patrimonio de los «establecimientos públicos», razón que no se ha encontrado pese a la consulta de las principales disposiciones constitucionales vigentes en aquella época.

En la «Parte Segunda» intitulada «De los Delitos contra los Particulares» se establece el Título Segundo que corresponde a los «Delitos contra las propiedades», en cuyo Capítulo I, secciones Primera y Segunda se trata de los «Robos y Hurtos» y en el Capítulo II se tipifican las «Bancarrotas y Alzadas y de las Estafas, Engaños y Abusos de Confianza».

Es importante resaltar que en este, el primer Código Penal promulgado en la República, se establece ya un capítulo destinado a sancionar los manejos fraudulentos de aquellos sujetos que él mismo denomina «los indivi-

duos de la profesión mercantil», o sea, los comerciantes y este antecedente proviene definitivamente de la inspiración liberal de este cuerpo legal, si se tiene en cuenta que su antecedente es el Código Penal belga, que a su vez dimana del Código Penal francés napoleónico, que incorpora la filosofía de los postulados de la revolución francesa, producto de un nuevo estado del desarrollo económico en el que fueron justamente el comercio y la industria los sustitutos de la antigua estructura económica feudal y que por tanto merecieron –como no podía ser de otra manera– la atención legislativa tanto en lo referido al marco regulador de sus relaciones, cuanto al sancionador de sus conductas irregulares.

En concordancia con lo anterior, el Código Penal objeto de nuestro estudio, en la norma preceptiva contenida en el art. 551 que establece los elementos fundamentales del tipo penal efectúa una expresa remisión al «código y leyes de comercio» para que sean estos cuerpos los que establezcan cuando existe «quiebra o bancarrota» y cuando ha de considerarse «fallido» a un comerciante; así como su calificación como «fraudulenta», «voluntaria» y «simple involuntaria», según corresponda; reservándose para la ley penal el establecimiento de las penas diferenciadas de cinco a diez años de obras públicas con el agravante de la declaratoria de «infamia» para los culpados en el caso de la primera; de dos a ocho años de prisión en una fortaleza para la segunda; y, sin establecer pena alguna, para el caso de la tercera.

Resulta también importante mencionar que a continuación se consigna una presunción legal ipso facto, de fraudulencia de la quiebra, «hasta que conforme a lo que se prescribe en el código o leyes de comercio, se declare a qué clase corresponde...»⁷ y lo que es más curioso aún, «... entre tanto los acusados deberán permanecer en arresto y con sus libros y bienes embargados».⁸

La norma del art. 555 tiene especial interés para el estudio exegético del presente trabajo y por lo mismo se la transcribe literalmente, para luego analizarla:

Los agentes (sic) de cambio, corredores, factores y cualesquiera personas de las que reciben efectos, mercaderías, o caudales ajenos que se alzaren con ellos, o quebraren fraudulentamente serán declarados infames, y condenados a obras públicas por cuatro a ocho años. Si no se alzaren con los caudales, mercaderías o efectos ajenos, sino que por disipación o cualquier otro culpable motivo quebraren, serán condenados a prisión por cuatro a diez años.⁹

7. Código Penal de 1837, art. 552.

8. *Ibíd.*

9. *Ibíd.*

De lo transcrito se desprenden varios hechos dignos de resaltar:

- a) Como regla, se establece la calificación especial de los sujetos activos de la infracción, circunscribiéndola a los agentes de cambio, corredores y factores, lo que sin duda tenía plena justificación en aquel tiempo, pues éstas eran las actividades comerciales y financieras más usuales; sin embargo, con buena visión se amplía esta calificación, a «cualesquiera personas de las que reciben efectos, mercaderías, o caudales ajenos»; es decir se establece ya un primer esbozo para alcanzar con estas infracciones a los sujetos encargados de la custodia no solo de valores o dineros, sino toda clase de «efectos» ajenos, categoría de sujetos activos en la que perfectamente podrían haberse encontrado los administradores, propietarios o dueños de bancos e instituciones financieras similares, sin perder de vista el contexto histórico en el que ha de situarse el incipiente desarrollo de la actividad financiera como tal en nuestro país de aquel entonces;
- b) El elemento objetivo consistente en el «alzamiento» o «quiebra» y el elemento subjetivo «fraudulentos»; el primero consistente en la desaparición de los sujetos activos llevando consigo los efectos a ellos confiados y el segundo, en el aprovechamiento de los mismos con la ficción de haber fracasado la actividad comercial; hechos que en ambos casos suponen un aprovechamiento del patrimonio ajeno en beneficio propio, pero a los que la ley trata por separado y no los asimila a la estafa.
- c) La gravedad de las penas, que por un lado consistían en la declaratoria de «infames» y por otro, la condena a «obras públicas» por cuatro a ocho años. Vale mencionar que la condena a «obras públicas», de acuerdo con el mismo código implicaba la tercera sanción más grave, que se encontraba dentro de la categoría de penas denominadas «Represivas», antecedida solo por la pena de muerte y el extrañamiento del territorio nacional. Respecto de esta pena, el art. 21 del Código establece

Los reos condenados a obras públicas, saldrán a trabajar públicamente, y sin la menor esención (sic) en los caminos, calzadas, canales, puentes, construcción de edificios públicos, fortificaciones, minas y otros semejantes, unidos de dos en dos, con una cadena lijera (sic); se cuidará en lo posible de conducirlos a las obras que haya más inmediatas al pueblo en que se hubiese cometido el delito y nadie podrá dispensarles del trabajo, sino en caso de enfermedad, y en los ratos de descanso preciso.¹⁰

10. *Ibid.*, art. 21.

- d) Se sanciona también el «alzamiento» o «quiebra» culposos, reduciendo la pena, a prisión por cuatro a diez años. En este punto vale mencionar, que las penas de prisión correspondían según el mismo código a una categoría de menor gravedad, denominada «Penas Correctivas»; de ahí que se hable de una «reducción», aunque en los hechos, esta «reducción» suponga también una gravedad importante si se considera que el hecho de no ser doloso sino culposo el hecho que motiva la infracción.

Constituyen también hechos relevantes de las normas previstas en este capítulo, el que la complicidad como grado de participación en estas «bancarrotas» se sancionaba con las mismas penas previstas para la autoría; así como se prevenían sanciones civiles como la «interdicción» por cinco a diez años para los casos de bancarrota fraudulenta o voluntaria y para el caso de involuntaria, la misma interdicción como medida cautelar «hasta que se haga la declaratoria de involuntaria»; todo lo que demuestra la gravedad que suponía ya en aquella época la incursión de los comerciantes en hechos fraudulentos, que dadas las connotaciones expuestas se percibía como un atentado grave contra los intereses colectivos.

Vale la pena comentar en esta parte, luego de analizar las normas legales expuestas, que no resulta exacto desde el punto de vista histórico argumentar, como posteriormente se lo hizo, que la vigencia de postulados económicos liberales supone un desmantelamiento de los controles estatales indispensables para mantener el equilibrio de la convivencia social; y que por el contrario, es justamente en la esfera del Derecho donde se deben manifestar estas regulaciones, a riesgo de que se presenten consecuencias como las que el Ecuador tuvo que afrontar en la crisis de 1998, que entre otras cosas (y por ser de interés exclusivamente jurídico) fue resultado del desmantelamiento de controles y excesiva liberalidad del marco jurídico regulatorio de la actividad financiera.¹¹

Finalmente, las secciones segunda y tercera de este mismo Capítulo II se refieren a las «Estafas y Engaños» y a los «Abusos de Confianza», que establecen penas de prisión y a las que resulta ocioso referirse por la existencia de una sección específica para el delito que ocupa nuestro estudio y que fue ya analizada con anterioridad.

11. Ver en este sentido el estudio especial efectuado por diario *El Comercio*, sección B, en tres entregas efectuadas durante las cuatro semanas del mes de marzo de 1999.

Código Penal de 1872

Este Código está compuesto de dos libros; el primero dedicado a las «Infracciones y Penas en general»; y el segundo, dedicado a las «Infracciones y su represión en particular», en el que además se incluye un Título dedicado al juzgamiento de las «Contravenciones».

Es justamente en el Capítulo IV del Título IV de este Libro II del Código, que se establece la primera versión del art. 257, que sanciona el Peculado, aunque bajo el epígrafe «De los abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos», en los mismos términos que actualmente consta en el Código Penal vigente, salvo por supuesto, las reformas que se han efectuado con posterioridad a su promulgación.

De la descripción típica se desprenden las siguientes características de la figura penal:

1. Reclusión de tres a seis años, sanción que cambia la prevista en el anterior Código Penal, que además del resarcimiento de los perjuicios y la privación del empleo, establecía la pena de obras públicas y la declaratoria de «infames» a los declarados culpables de esta infracción, lo cual sucede porque en este Código Penal se eliminan estas penas, a las que se consideraban crueles o infamantes y en cambio, aparece la diferenciación entre penas de muerte; penitenciaria y de reclusión.
2. Condición de empleado público o «toda persona encargada de un servicio público» (sujetos activos).
3. Abuso de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios (verbo rector) (objeto material).
4. Que estuviesen en su poder o en virtud o razón de su cargo (elemento objetivo) (referencia especial del tipo penal).

Se establece sin embargo una atenuante, que actualmente no consta en el Código Penal, consistente en que «Si el abuso no excede de la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente».¹²

Esta atenuante conserva el carácter indemnizatorio o compensatorio de la pena en cuanto a este delito, que en el Código Penal de 1837 aparece con un sentido aún más evidente y que fue comentado en su oportunidad.

Posteriormente se hacen constar otros delitos contra la administración pública, con un esbozo de la organización que aparece en el actual Código Penal, es decir, con una organización bastante similar.

12. Código Penal 1872, Imprenta de Hallet y Breen, calle de Fulton, Nos. 58 y 60, Nueva Cork, 1872.

El Título X trata en cambio de los «Crímenes y Delitos contra las Propiedades» y en su Capítulo II trata «De los Fraudes», en el que se incluye a las «Quiebras», con referencias al tipo penal muy similares a las previstas en el Código Penal anterior y siempre efectuando el reenvío a las «leyes de comercio», pero con la variación importante ya de la pena, que de «infamia» y «obras públicas» en el Código anterior, cambia a la de «prisión» de un mes a dos años, para el caso de «insolvencia culpable»; y de «reclusión» de tres a seis años, para el caso de «alzamiento o quiebra fraudulenta» (art. 527).

En el art. 528 se establece una gradación de la pena en relación al porcentaje del crédito del ofendido; así, si la pérdida no excede del 10%, se aplicará el mínimo de la pena; y, si supera en cambio el 40% del mismo, se aplicará en cambio el máximo de ella; entendiéndose por «crédito» el importe de la obligación que debe satisfacer el fallido a su acreedor.

Se sanciona así mismo a los terceros que han coludido con el fallido para ocasionar perjuicio a los acreedores y aún, a los mismos acreedores que han pactado con el quebrado en perjuicio de los otros acreedores. La pena prevista para ellos es de seis meses a dos años de prisión y «multa de veinticinco a quinientos pesos».¹³

Se sanciona por último con igual pena al síndico de la quiebra que se «hubiere hecho culpable de malversación en el desempeño de su cargo».¹⁴

La sección II se refiere a los «abusos de confianza», mereciendo para efectos de nuestro estudio resaltar lo previsto en el art. 530, que es harto similar –por no decir idéntico– al tipificado en el actual art. 560 y que se refiere más bien al delito de «Defraudación» consistente en la «distracción o disipación» de «efectos, dinero, mercadería, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie que contenga obligación o descargo» y que hubiesen sido «entregados con la condición de restituirlos o hacer de ellos un uso o empleo determinados» al sujeto activo, estableciéndose una pena de «prisión de un mes a cinco años» y «multa de diez a cien pesos».¹⁵

En la sección III se habla en cambio «De la estafa y del engaño» y se establece esta infracción en los mismos términos que la que actualmente consta en el art. 563 del vigente Código Penal, variando solamente la pena, que en el Código en estudio era de «un mes a cinco años» y multa de «diez a quinientos pesos»; infracción que a su vez se estableció en el Código de 1837 que ya fue objeto de análisis.

Luego de analizar la historia de la figura jurídico-penal que se ha dado en llamar «Peculado Bancario», a la luz de las disposiciones legales existen-

13. *Ibíd.*, art. 529.

14. *Ibíd.*

15. *Ibíd.*, art. 530.

tes en el año de 1872, bajo el imperio del segundo Código Penal que ha conocido nuestra época republicana, se ratifica una vez más que el marco legal indispensable existía en aquella época para sancionar las malas administraciones tanto de comerciantes y dentro de estos, tal como hasta hoy el Código de Comercio lo reconoce, de las «operaciones de banco».

Código Penal de 1906

El Código Penal de 1906, pese a contar con una mayor y mejor desarrollada influencia filosófica y económica de los postulados liberales, que produjeron un cambio trascendente en la vida republicana, a partir de la revolución de 1895, no ofrece ninguna novedad digna de resaltar y comentar en cuanto a los delitos contra la Administración Pública y en cuanto dice relación con el delito de Peculado, conserva todas las características y referencias del tipo penal previstas en el art. 257 original, del año 1872, razón por la que en esta parte del análisis únicamente debemos reproducir lo que antes fue ya comentado.

En cuanto a los Delitos contra la Propiedad, hace si un énfasis especial, pues debe tenerse en cuenta que justamente uno de los referente del sistema liberal que preconizaba el respeto las «libertades» del ser humano era el respeto a la «propiedad privada» y es por ello, que se ha considerado necesario efectuar un análisis más extenso de lo que hasta ahora se ha hecho en cuanto a los anteriores Códigos y es así, que encontramos el Libro X, denominado «De los crímenes y delitos contra las propiedades», en cuyos Capítulos I y III trata «De los robos» y «De los fraudes, abusos de confianza, engaños y estafa y de la ocultación de objetos obtenidos mediante una infracción», en los cuales, se aborda la substracción fraudulenta de una «cosa», en términos generales, en tratándose del primero; y de las quiebras, distracción fraudulenta de dineros, mercancías, billetes o finiquitos, para el caso del último.¹⁶

De acuerdo con las normas previstas en este cuerpo legal, aparecen las figuras jurídico-penales de la DEFRAUDACIÓN y la ESTAFA, previstas en los arts. 459 y 463, que son asimilables a los mismos tipos penales previstos en arts. 560 y 563 del actual Código Penal.

De esta forma, el delito de DEFRAUDACIÓN cuenta con los siguientes elementos típicos:

- a) Distracción o disipación *fraudulenta* de efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, o escritos de cualquiera especie que contengan obligación o descargo;

16. Código Penal de 1906, expedido el 18 de abril de 1906 por el Gral. Eloy Alfaro, encargado del Mando Supremo de la República.

- b) Perjuicio a una persona;
- c) Entrega al agente con la condición de que éste los restituya o haga de ellos un uso o empleo determinado.

El Delito de ESTAFA cuenta en cambio con los siguientes elementos:

- a) Propósito de apropiación de fondos, muebles, obligaciones, finiquitos o recibos;
- b) Uso de nombres falsos o falsas calidades o *manejos fraudulentos*;
- c) Engaño respecto a la existencia de falsas empresas, poder, crédito, esperanza o temor de un suceso, accidente o cualquier acontecimiento quimérico;
- d) Abuso *de cualquier otro modo* de la confianza o la credulidad.

Para el caso de ambos delitos la pena privativa de libertad era prisión de uno a cinco años y las multas eran de cuarenta a ochenta sucres para la defraudación; y, de ochenta a cuatrocientos sucres para la estafa.

Si bien estos referentes normativos habilitaban perfectamente ejecutar acciones contra los administradores y empleados bancarios de aquella época en caso de perjuicio a los depositantes, resultan de interés también las normas y sanciones previstas para los casos de «quiebras» que constan de los arts. 456 a 458 del mismo Código, pues estas denotan ya una elaboración legislativa destinada con cierto nivel de especialización a una categoría de sujetos activos, que son justamente aquellos que pueden incurrir en situación de «quiebra»; es decir, a esa época, personas naturales o jurídicas que ejecutaban actos de comercio y obviamente dentro de éstos, operaciones de banco. No debe olvidarse que para esta época la actividad bancaria había ya tenido en el Ecuador su trayectoria, dentro de la que se recuerdan acontecimientos no muy felices, dada la polarización que comenzó ya a notarse entre la banca costeña y la naciente banca serrana; banca que incluso ostentaba para entonces el monopolio de la emisión de moneda, con lo que vieron luz y se desarrollaron hipertrofiadamente procesos especulativos financieros que encontraron su punto de quiebre veinte años más tarde en los acontecimientos históricos de la revolución juliana.

Se establece igualmente una sanción diferenciada para los casos de quiebra o «insolvencia culpable» (prisión de uno a tres años); y, de «alzamiento o quiebra fraudulenta» (reclusión menor de tres a seis años) y como en el Código de 1872, se efectúa una gradación de las penas, en atención al porcentaje de pérdidas ocasionadas al acreedor; así, si dichas pérdidas no superaban el diez por ciento de los créditos, se aplicaría la pena mínima y se excedían del cuarenta por ciento, la pena máxima.

Finalmente, y esto ofrece también una interesante particularidad, que ya se advirtió al momento de analizar el Código de 1872, se sanciona ya no solo a los quebrados, sino además a quienes cooperen con ellos para ocultar

sus bienes o para intervenir en la quiebra con créditos falsos; así como al síndico culpable de malversación en el desempeño de su cargo (seis meses a dos años de prisión y multa de cuarenta a cuatrocientos sucres).

Código Penal de 1938

Con este estado de cosas, llegamos ya al vigente Código Penal, promulgado en el año 1938 y que ha sido objeto de múltiples reformas y codificaciones desde entonces, encontrándose la última codificación oficial en el Suplemento del Registro Oficial No. 147, de 22 de enero de 1971, del que «existen dos ediciones ‘oficiales’ de esta Codificación, con la misma numeración del Registro Oficial: la publicada en separata y la incluida en la Recopilación de Códigos y Leyes, publicada por la Comisión Jurídica en diciembre de 1971. Esta última contiene algunas variantes».¹⁷

En este Código el delito de Peculado forma parte del Capítulo V, que se refiere a la «Violación de los Deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad», que forma parte del Título III, intitulado «De los delitos contra la Administración Pública», contenido en el Libro Segundo dedicado a los «Delitos en Particular».

El delito de Peculado se encuentra tipificado en el art. 257, que para los efectos de análisis exegético de esta parte del trabajo se transcribe en la forma en que fue incluido en la última edición de 1971:

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Serán también penal y pecuniariamente responsables los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la Superintendencia de Bancos que hubiesen intervenido en las fiscalizaciones anteriores, siempre que los informes emitidos implicaran complicidad o encubrimiento en el delito que se persiquisa.¹⁸

17. Ediciones Legales, Sistema Jurídico FIEL MAGISTER 6.0, Corporación MYL, abril 2004.

18. Código Penal, edición 1971, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, décimo primera edición, actualizada a septiembre de 1975.

Posteriormente, mediante reformas a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control publicadas en Registro Oficial No. 337, de 16 de mayo de 1977, se incluye en las «Disposiciones Finales» de dicha ley el art. 396, con cuyo texto se «sustituyen los arts. 257, 258 y 259 del Código Penal»; «sustitución» que supone inadecuada técnica legislativa y que determinó que la nueva norma del art. 257 del Código Penal sea la siguiente:

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los *servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos* que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo, a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un *servidor bancario*. El director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos entregados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en el que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el art. 101.¹⁹

Esta reforma incorpora varios aspectos relevantes que difieren del texto de la norma originalmente aprobada, de los cuales rescataremos solo

19. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, décimo cuarta edición actualizada a septiembre de 1989.

aquellos que resultan útiles para efectos de nuestro estudio que versa sobre el «Peculado Bancario», pues merece también resaltarse la descripción que la norma efectúa de lo que ha de entenderse por «malversación», omitiendo desde luego, lo que al «desfalco», «disposición arbitraria» u «otra forma semejante» respecta, pero dejando de lado este análisis, diremos que la reforma contiene las siguientes innovaciones:

1. En el inciso tercero se reemplaza la referencia del tipo penal en cuanto a los sujetos activos, de los «empleados» a que se aludía la norma original, a los «servidores» que «manejan fondos» del IESS, de los bancos estatales y «privados» que consigna la nueva norma. A este respecto vale mencionar que la distinción entre empleados y servidores definitivamente constituye una ampliación de la nueva norma en cuanto al universo de sujetos que pueden ser considerados agentes de la infracción, pues efectivamente referirse a «empleados» suponía limitar la imputabilidad exclusivamente a quienes prestaban sus servicios ya sea en el IESS, en los bancos estatales o privados bajo una «relación de dependencia» respecto de la institución de que se trate y esto, específicamente en lo que a los bancos privados se refiere, excluía de facto a quienes por oposición no eran «empleados», sino administradores o accionistas de dichas instituciones financieras, de manera tal que cualesquiera de los sujetos prenombrados que cometían «abusos» de dineros públicos o «privados» jamás podían ser indiciados y peor juzgados por el delito de Peculado, este sí «Bancario», pues no reunían la calidad especial exigida por la ley. Referirse en cambio a «servidores», si bien no es todo lo esclarecedor que habría convenido desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa, permite sin embargo considerar dentro de esta categoría a otra clase de «prestadores de los servicios bancarios», que son justamente y por definición los «servidores de banco» y esta ampliación adquiere mayor coherencia si se considera que no solo los «empleados» bancarios *manejan fondos* de las instituciones financieras, sino además y principalmente los administradores, que determinan las políticas y mecanismos de «manejo» y «disposición» de los fondos captados por dichas instituciones, con criterios que se supone deben ser de prudencia y seguridad financiera.

Por otra parte, la redacción de la antigua norma, de hecho suponía que los sujetos pasivos naturales de la infracción sean las propias instituciones financieras afectadas por los «abusos» de sus empleados que «manejaban» los fondos y así lo demuestra la jurisprudencia producida entonces, siendo más bien extraña la prosecución de acciones penales por parte de los clientes de las instituciones financieras en que se produjeron dichos «abusos».

Es de justicia criticar la ambigüedad de la expresión «servidores», pues se presta y no con menos legitimidad, para que otra parte de los analistas sos-

tengan que la referencia del tipo penal continúa orientada a los sujetos que se encuentran prestando funciones en las instituciones mencionadas, bajo relación de dependencia y que en consecuencia aún continúan excluidos los administradores y accionistas bancarios. Esta evidente ambigüedad permite también la invocación de la garantía fundamental del Derecho Penal, de «no interpretación extensiva», así como de «prohibición de la analogía» y la vigencia de la institución «*in dubio pro reo*», de manera que si el espíritu del legislador fue realmente ampliar esta parte del tipo penal, los resultados fueron absolutamente magros y produjeron la confusión en la aplicación de esta norma que posteriormente analizaremos.

2. Otra de las innovaciones, aparentemente inocuas, pero que se considera importante de mencionar es aquella que sustituye las expresiones «Banco Central, Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social». Por «Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o de los bancos estatales y privados», lo que demuestra la ampliación producida hasta el momento de la reforma, de lo que se conoce como el «sector público financiero»,²⁰ que ya no solo estaba integrado por el Banco Central del Ecuador, como lo establecía la primera versión del art. 257, sino además por otras instituciones financieras como el Banco Nacional de Fomento, la Corporación Financiera Nacional y el Banco del Estado (ex BEDE), entre otras, que la nueva norma sintetiza en «bancos estatales».

3. Respecto de este mismo cambio, conviene mencionar que se reemplaza también las expresión «bancos comerciales» por «bancos privados», lo que resulta lógico pues a la fecha, no solo existían bancos comerciales, sino además «bancos hipotecarios» e incluso «bancos agrícolas», es decir, la segmentación del crédito se encontraba dividida en instituciones específicas para cada rubro y así lo establecida la entonces vigente Ley General de Bancos.

Sin perjuicio de lo dicho, el contenido de la norma demuestra además que se tenía conciencia ya de la diversificación de los servicios bancarios, que en el año 1977 no solo tenían la función de custodia de valores y préstamos «comerciales», sino una gama de servicios bastante más amplia, que paulatinamente llegó a integrar el concepto de «banca múltiple» años después, volviendo anacrónica la existencia de instituciones financieras privadas dedicadas a un solo segmento de la actividad, lo que entre otras cosas constituyó antecedente necesario para la promulgación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuyas normas reflejan este concepto.

20. Ver en este sentido, Mario Canessa Oneto, *La banca del Ecuador*, Guayaquil, Escuela Superior Politécnica del Litoral, septiembre 1999.

4. En lo relacionado con los funcionarios de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos, que también son susceptibles de responsabilidad penal en calidad de cómplices, se produce igualmente el cambio de las expresiones «fiscalizadores de la Contraloría» e «inspectores de la Superintendencia de Bancos» por «... servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos»; cambio que merece igual comentario que aquel que se hiciera para el caso de los «servidores» de los bancos estatales y comerciales. Parece ser que los redactores de la norma tenían el prurito de identificar como sinónimos a los términos «funcionario» con «servidor», lo que sin duda alguna ha dado lugar a los comentarios referidos y sin duda a múltiples interpretaciones que se han traducido desde luego en la aplicación de la norma por parte de los órganos judiciales.

En todo caso, este cambio supone sin lugar a dudas una «ampliación» del tipo penal que se aplica ya no solo a los «fiscalizadores» e «inspectores» de la Contraloría y Superintendencia de Bancos, sino a todos los «servidores» que «hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores». En esta parte cabe la reflexión de que los «servidores» que hayan «intervenido» necesariamente son los «fiscalizadores» o «inspectores» de dichas instituciones, sin embargo debe tenerse en cuenta que «intervenir» no solo implica «realizar» directamente los trabajos de auditoria, pues se puede «intervenir» también disponiendo la práctica de dichos trabajos, función atribuida a un «servidor» de mayor jerarquía; o se puede «intervenir» también supervisando dichos trabajos y disponiendo el inicio de las acciones legales que correspondan en mérito de los resultados de las indicadas auditorias, función igualmente atribuida a otra categoría de «servidores».

5. A este respecto cabe también reflexionar en una hipótesis nada alejada de la realidad que posteriormente se presentó con la crisis financiera de 1998 y que deviene del análisis de la última parte de este inciso referido a los «servidores» de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos, que señala «siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquiza». Para efectos de mantener la línea argumental del numeral anterior, supóngase el hecho de que es la autoridad máxima de la Contraloría General del Estado o de la Superintendencia de Bancos quien en última instancia debía remitir su «informe», basado desde luego en los trabajos de auditoria efectuados por los equipos correspondientes, para el inicio de las acciones legales y dicho informe implica efectivamente «complicidad o encubrimiento del delito que se pesquiza», pues entonces al tenor de lo previsto en la norma original, dicha autoridad máxima queda de facto excluida de responsabilidad penal por peculado, pues no ostenta las calidades de «fiscalizador de la Contraloría» o de «ins-

pector de la Superintendencia de Bancos», produciéndose el absurdo de que son sujetos de delito los inferiores jerárquicos y no la máxima autoridad de dichas entidades; todo esto desde luego a la luz de lo estrictamente previsto en la norma penal en análisis, pues no es menos ciertos que otras disposiciones legales efectivamente les atribuyen esta responsabilidad.

De otro lado, la exigencia del tipo penal de que los informes impliquen «complicidad» o «encubrimiento» hace surgir la inquietud a cerca del grado de participación por el que deberían ser juzgados los «servidores» de la Contraloría o de la Superintendencia de Bancos y en este sentido si deben serlo exclusivamente en el de cómplices o encubridores, o si en el de autores, pues el primer párrafo menciona que «igualmente están comprendidos...» y esta expresión nos obliga a releer el inciso inmediato anterior, que de forma más completa dice: «Están comprendidos en esta disposición...» y «esta disposición» establece una pena de cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria para quienes hayan adecuado su conducta al verbo rector fundamental que es el «abuso de dineros públicos o privados».

En aplicación de las tendencias modernas que ponen mayor atención en el elemento del delito «culpabilidad» y que contienen fines más bien teleológicos para analizar la conducta de los agentes del mismo, la solución más acertada debería ser que solo pueden ser juzgados como cómplices o encubridores, según sea el caso; lo propio ocurre en aplicación de las corrientes clásicas, de acuerdo con las cuales, al generarse una duda a cerca de esta parte de la norma, debería aplicarse la interpretación pro reo, con lo cual, igualmente el juzgamiento para estos sujetos activos del delito debería igualmente darse por complicidad o encubrimiento. Sin perjuicio de lo dicho, no debe desdeñarse la hipótesis de que existe también la posibilidad de convertirse en coautor del ilícito utilizando los referidos informes como instrumentos sin los cuales no habría podido ejecutarse la infracción, hipótesis que por el momento queda simplemente enunciada para su posterior análisis.

6. En cuanto a la fusión en el art. 257 de las disposiciones antes contenidas en los arts. 258 y 259 se considera de relevancia solo manifestar que si bien se conserva la obligación del juez de primera instancia de comunicar el fallo a la Contraloría General del Estado, a la entonces Oficina Nacional de Personal y a la Superintendencia de Bancos, se establece expresamente el efecto de esta notificación para el caso de la Oficina Nacional de Personal, que es el de no inscribir nombramientos o contratos a favor de los reos de este delito; pero nada se dice en cambio de los efectos de la notificación a la Superintendencia de Bancos, para el caso de los «servidores bancarios», que siendo de los «bancos comerciales», no están sujetos al registro de sus contratos en la Oficina de Personal, lo que permitiría concluir por deducción que

esta notificación tiene por objeto que la Superintendencia de Bancos objete dichos contratos o designaciones; sin embargo de lo cual, no hay que perder de vista que la analogía se encuentra absolutamente prohibida por el art. 4 del Código Penal.

Esta omisión fue enmendada en parte con la posterior promulgación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que establece la necesidad de que la designación de los administradores y accionistas de instituciones financieras cuenten con la conformidad del Órgano de Control.

En lo que se refiere a esta parte del trabajo, se debe indicar ya en el ámbito de las conclusiones que la edición original del Código establecía únicamente la parte correspondiente a los incisos primero y segundo, que son tomados de la versión constante ya en los Códigos Penales de 1872 y de 1906 y hasta entonces, conserva los elementos del tipo penal del Peculado en estricto sentido, es decir, manteniendo como verbo rector fundamental de la conducta prohibida el «abuso de dineros públicos o privados» cometido por un «servidor público» o por cualquier otra persona «encargada de un servicio público»; de ahí su ubicación dentro del Título correspondiente a los «Delitos contra la Administración Pública», cuya tipificación y sanción tutela el bien jurídico «correcta administración pública».

En cuanto a los sujetos activos resulta importante señalar que en este Código se establece ya en el segundo inciso una extensión del tipo penal que alcanza a los «servidores encargados de manejar fondos del *Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social* o de los *bancos públicos y privados*», con lo que empieza una desnaturalización de la figura penal en cuanto al bien jurídico que tutela y que con seguridad, como se manifestó ya al inicio del presente trabajo, obedeció a una confusión entre la dimensión de lo que ha de entenderse como «dineros públicos» y «dineros del público».

Vale mencionar la importancia del volumen de recursos administrados en aquella época (y aún hoy) por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que justamente como caja previsional fue ideado y conformado como un organismo independiente de las Funciones del Estado tradicionales, para evitar cualquier clase de utilización de los fondos de los afiliados en fines distintos a la cobertura de los seguros previsionales que integran la seguridad social, de ahí que incluso se confirió a esta entidad, pública en principio, la condición de «institución autónoma», figura elevada incluso a la categoría de norma constitucional.²¹

21. La Constitución Política vigente desde 1998 en su art. 118 establece las instituciones que integran el Sector Público y en su art. 119 habilita la posibilidad de que existan instituciones autónomas definidas así por la misma Constitución o la Ley, según reza la norma, de acuerdo con lo cual, el art. 58 de la misma Constitución, situado dentro de la sección que se ocupa

Resulta sin duda de capital interés para el presente estudio, la inclusión de los *servidores de bancos estatales o privados* como sujetos activos de la infracción, pues es aquí donde se encuentra la «partida de nacimiento» de una nueva figura jurídico-penal, que el tiempo y las construcciones doctrinarias dieron en llamar PECULADO BANCARIO y que en este inicio solo podía tener como agentes a los «servidores» de los referidos bancos estatales o privados.

La mención de «servidores» conduce de manera casi natural a pensar que el tipo penal confiere la especial calificación de sujetos activos, de manera limitada a los «empleados» de estos establecimientos de crédito, excluyendo por oposición a los «propietarios», «accionistas» o «administradores» de los mismos, lo que significa un error de técnica legislativa harto censurable, que permitiría incluso especular en que esta exclusión constituyó un acto deliberado; motivación que lamentablemente resulta harto difícil de sostener académicamente por la falta de evidencia existente en tal sentido y porque no es el propósito de este trabajo profundizar en las motivaciones políticas, económicas y aún sociológicas que inspiraron la promulgación de la norma en el sentido que se encuentra redactada.

Podría argumentarse de otro lado que la norma al hablar de «servidores» quiere referirse a «toda persona» encargada de la prestación del servicio de la actividad bancaria y tal interpretación conduciría sin dificultad a incluir dentro de los sujetos activos, a accionistas, administradores y empleados por igual, que deben responder de acuerdo con sus diferentes funciones y responsabilidades en la cadena de decisión y administración de la institución bancaria; sin embargo aparece de inmediato la objeción de que tal interpretación podría resultar francamente contraria a la prohibición de la «interpretación extensiva» y de aplicación de la «analogía», consagradas unánimemente en el Derecho y la Doctrina Penal y recogidas en el art. 4 del mismo Código Penal; o en el peor de los casos, esta interpretación nos coloca frente a la disyuntiva respecto de si alcanza o no el tipo penal a personas distintas de aquellas a quienes «natural» y «obviamente» debe considerarse como «servidores» de la entidad financiera y encontrándonos ante tal disyuntiva, la solución jurídica aplicable debería ser la interpretación *más favorable al reo* en caso de duda, garantía igualmente consagrada tanto en la Constitución como en la ley penal.

Precisamente esta falta de unanimidad nacida de la ambigüedad de la norma dio lugar a la existencia de decisiones judiciales contradictorias y desde luego controvertidas, si se tiene en cuenta la alarma social producida

de la «Seguridad Social», establece precisamente que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una «entidad autónoma» responsable de la prestación del Seguro General Obligatorio.

por la crisis financiera de 1998, surgiendo panegiristas de ambas tesis jurídicas, produciéndose una discusión que lamentablemente ha quedado inconclusa hasta hoy y a cuya solución desgraciadamente no ha aportado de manera esclarecedora la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia, cuya estabilidad misma como Función del Estado se ha visto comprometida por el tratamiento de este tema.

Resulta pues imprescindible establecer el alcance del término «servidor», recurriendo en primer lugar a la semántica del mismo y posteriormente utilizando el método de interpretación reconocido por nuestra legislación que exige originalmente atenerse al sentido natural y obvio de las palabras y a su tenor literal, antes que consultar su espíritu.

En este sentido, el *Diccionario de la Lengua Española*, en sus acepciones más cercanas al objeto que pretendemos desentrañar, dice de servidor: «Persona que sirve como criado» «Persona adscrita al manejo de un arma, de una maquinaria o de cualquier otro artefacto».²²

Respecto de «servicio» recoge en cambio las siguientes acepciones:

«Acción y efecto de servir» «Utilidad o provecho que resulta a uno de lo que otro ejecuta en atención suya» «Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada.» «Función o prestación desempeñadas por estas organizaciones y su personal» «Prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales».²³

Por su parte, el *Diccionario de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas, recoge las siguientes acepciones, incluso más genéricas que aquellas consignadas en el *Diccionario de la Lengua Española* y define al servidor como:

«Sirviente, criado, ayudante, auxiliar».²⁴

No ocurre lo mismo cuando del término «servicio» se trata, pues a éste dedica varias definiciones, haciendo referencia incluso a cada una de las clases de servicio que este autor conoce. En todo caso, respecto del «servicio» en términos generales dice:

Acción o efecto de servir, trabajo, actividad, provecho, utilidad, beneficio, método, tiempo dedicado a un cargo o profesión, favor, ayuda, conjunto de medios, objetos, utensillos que se emplean en una actividad o cooperan a su mejor realización. Serie de elementos personales y materiales que, debida-

22. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

23. *Ibíd.*

24. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo VIII, Buenos Aires, Heliasta, 2003, 28a. ed.

mente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general o pública...²⁵

De las acepciones transcritas aparece una evidente contradicción entre lo que se debe entender por «servicio», término al que se confiere un sentido amplio, por oposición a «servidor», término al que en cambio se confiere un sentido restrictivo y que siempre denota un carácter de subordinación respecto de algo o alguien.

En cuanto a los métodos de interpretación legal reconocidos por nuestra legislación, conviene aunque sea de manera referencial enunciar que también en razón de la materia jurídica se han establecido sistemas hermenéuticos que permitan la mejor aplicación de las normas; así: en materia constitucional se ha establecido el método que privilegia la vigencia efectiva de los derechos y garantías consagrados en la misma Constitución y en las leyes, tal como lo establece el art. 18 segundo inciso de la Carta Política. En materia laboral en cambio se consagra el método de interpretación más favorable al trabajador (*in dubio pro operario*), previsto en el art. 35 numeral 6 de la Constitución y 7 del Código del Trabajo; normas que a su vez tienen también su contrapartida en disposiciones de los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. En cuanto a la materia penal, que es objeto de nuestra preocupación, se recogen en cambio los principios de interpretación más favorable al acusado (*in dubio pro reo*), en el art. 24 numeral 2 de la Carta Política; así como en los arts. 2 últimos incisos, de los Código Penal y de Procedimiento Penal; y se establece también como premisa obligatoria, la prohibición de la interpretación extensiva, tal como lo manda expresamente el art. 4 del mismo Código Penal.

Por su parte, el Código Civil ha establecido desde siempre las reglas generales fundamentales de interpretación jurídica, estableciendo en su art. 3 el principio de exclusividad en la interpretación obligatoria de la ley por parte del legislador y en su art. 18 las siguientes reglas:

1. Literalidad, desarrollada en los numerales 1, 2 y 3.
2. Contexto, desarrollada en los numerales 4, 5 y 6.
3. Analogía, prevista en el numeral 7.

Cabe sin embargo recalcar que en materia penal, en cambio se prohíbe expresamente la Analogía, en mérito de lo previsto en el art. 4 del Código Penal, pues dicha aplicación de la analogía, constituye sin duda una interpretación extensiva del tenor literal de la ley penal, en la cual, la norma penal antes invocada es categórica en manifestar que «el juez debe atenerse estrictamente a la letra de la ley».

25. *Ibíd.*

Siendo así y retornando al objeto concreto de nuestro empeño hermenéutico, no existe posibilidad alguna de asimilar a los accionistas y directivos de instituciones financieras, dentro de los «servidores» a los que se refiere el tipo penal que nos encontramos analizando. No ocurre lo mismo en cuanto a los «administradores», quienes a pesar de ejercer funciones de representación legal formal de las instituciones financieras, no por ello dejan de ser «servidores» respecto de los accionistas y órganos de dirección de dichas instituciones (juntas generales o directorios).

Todas estas razones conducen de manera inequívoca a afirmar que hasta la reforma producida en mayo del año 1999, EFECTIVAMENTE EXISTIÓ EL DELITO DE PECULADO BANCARIO, pero lamentablemente limitado en cuanto a los sujetos activos, exclusivamente a los «servidores» de los bancos estatales y privados del país; limitación que dio pábulo a la indiferencia de los accionistas y aún administradores bancarios en cuanto al riesgo de incurrir en la esfera de la «responsabilidad penal», lo que si bien no puede decirse que fue la razón exclusiva que alentó la comisión de ilícitos bancarios, por lo menos no ejerció la función de prevención general o específica que actualmente tiene la sanción penal, todo lo cual sumado a los factores de orden económico, de permisión legal y reglamentaria y de deficiencia en el sistema de control y supervisión, entre otros, desencadenaron en la crisis financiera del año 1998.

Se efectúa igualmente una extensión del tipo penal en el mismo inciso segundo de la norma, a los funcionarios de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos, que hayan participado en auditorías y exámenes especiales, a condición de que en dichos exámenes o auditorías aparezca «complicidad» o «encubrimiento» con la conductas ilícitas, lo que hace surgir a su vez la interrogante respecto de si dichos funcionarios pueden ser culpados como «autores» de Peculado Bancario y en consecuencia ser sancionados con la pena principal, o si el grado de responsabilidad en cuanto a ellos se circunscribe a la «complicidad» o «encubrimiento», con las respectivas consecuencias en lo que a la pena se refiere.

La lógica jurídica se inclina hacia que no podrían ser sancionados con la pena principal y no podrían ser considerados como autores, si la exigencia legal es que su conducta se adecue a la complicidad o al encubrimiento; más todavía si se considera como un imposible fáctico, salvo casos excepcionales de concertación para delinquir, que dichos funcionarios en el ejercicio de sus competencias, ejecuten los actos propios de los «servidores» encargados del manejo de los «fondos del público» que se traducirían en el «abuso» de los mismos, única posibilidad en que cabe hablar de coautoría, cuando los funcionarios a través de los informes de auditoría coadyuvan de manera directa a la comisión del ilícito, adecuando su conducta a las exigencias previstas en el art. 42 del Código Penal.

2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Con todo lo manifestado precedentemente, se pueden resumir los elementos del tipo penal del art. 257 vigente hasta mayo de 1999 de la siguiente manera:

1. SUJETOS ACTIVOS. Pueden ser sujetos activos del delito, los servidores que «manejen» fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados, así como los servidores de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, lo cual supone una situación completamente distinta a la calificación de sujetos activos prevista para el Peculado general, que constituye justamente una ampliación del tipo penal, puesto que es muy diferente que alguien tenga en «su poder» fondos, como lo exige el Peculado general, a que los «maneje»; verbo rector éste último que implica no solo una relación directa de la persona con los fondos, sino más bien una relación indirecta, una capacidad de disposición de los mismos, sin que para ello sea requisito necesario que los tenga en su custodia, pues bien puede ocurrir que un gerente de una institución financiera o de cualquiera de las otras instituciones previstas en la norma penal que nos ocupa, pueda «manejar» los fondos de dicha entidad y ordenar su transferencia o entrega a terceros, sin que necesariamente sea el mismo gerente quien los tenga bajo su custodia o los retire del lugar en que se encuentran ubicados, generalmente las bóvedas bancarias o cuentas en otras instituciones financieras.

2. SUJETOS PASIVOS. Pueden ser el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las instituciones financieras, los bancos estatales o privados, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos y los depositantes de los referidos bancos estatales o privados.

3. NÚCLEO DEL TIPO PENAL. La conducta principal objeto de represión penal por esta infracción, tanto en el Peculado general como en el Peculado Bancario, es siempre el «abuso de fondos públicos o privados», que como es obvio, tiene como verbo rector el término «Abusar», que según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia significa «Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien».²⁶

26. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

Cabanellas por su parte, en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* define al Abuso como «Exceso, mal uso o empleo arbitrario de un derecho o facultad»²⁷ y finalmente, como «Cualquier acto que, saliendo fuera de los límites trazados por la razón, impuestos por la justicia o aconsejados por la equidad, ataque directa o indirectamente las leyes, situaciones o intereses legítimos.»²⁸

4. OBJETO JURÍDICO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. En cuanto al Objeto Jurídico de este delito o Bien Jurídico tutelado, se considera en un sentido restrictivo al patrimonio de la institución financiera, cuando se lo comete en su perjuicio; así como el patrimonio de cada depositante, cuando el ilícito se comete en cambio en perjuicio de dichos depositantes, determinando de esta forma que el bien jurídico tutelado sea la propiedad, en primera instancia.

Desde otra perspectiva y en un sentido más amplio, debe tenerse presente que en los casos ocurridos dentro de la crisis financiera de 1998, no solo la propiedad constituye el objeto jurídico agredido, sino también y principalmente, la confianza pública en las instituciones financieras y en los Órganos de Control; de ahí que no debe perderse de vista la construcción doctrinaria del Derecho Penal Económico que establece un criterio aglutinador para las infracciones económicas en general, estableciendo como bien jurídico al denominado Orden Económico Social, cuya aplicación parece ser mucho más exacta para fines de política penal.

5. OBJETO MATERIAL. Está constituido, según la propia disposición legal comentada, por los fondos, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos inmobiliarios sobre los que recae el abuso del sujeto agente, dentro de ellos y para el caso que nos ocupa, principalmente los «dineros del público depositante».

6. MEDIOS PARA COMETER LA INFRACCIÓN. La ley prevé que pueden ser medios para la comisión de este delito el desfalco y la disposición arbitraria, entendido el primero como el despojo doloso que el sujeto agente hace al legítimo propietario de los fondos y que aparece generalmente luego de efectuarse un examen o auditoria especiales; y el segundo, como el uso indebido, en forma igualmente dolosa que ha hecho el sujeto agente, de los fondos que le fueron confiados y que puede o no suponer apropiación de parte de quien dispone arbitrariamente.

27. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo I.

28. *Ibíd.*

En cuanto a los criterios de clasificación doctrinaria se trata de un delito generalmente no flagrante, complejo puesto que puede afectar a más de un bien jurídico, con su estructura delictiva; puede ser permanente, instantáneo, habitual o continuado, dependiendo del caso concreto; es siempre de daño, y por último es preferentemente formal. En cuanto al elemento culpabilidad, al igual que para el caso del Peculado General, el juicio de reproche imputable al agente debe ser siempre bajo la figura del dolo directo, aunque en una futura entrega se harán mayores referencias específicas a cerca de la posibilidad de aplicación del dolo eventual o de la culpa, igualmente en sus diferentes formas.

En cuanto al *Iter Criminis*, en esta infracción bien pueden presentarse la tentativa y el delito frustrado, así como también, en cuanto al grado de participación de los sujetos activos, que se puede presentar la autoría en todas sus formas, la complicidad y el encubrimiento.

Por último, el Peculado Bancario en asocio con otras infracciones puede dar lugar a Concursos Ideales pero también a Concursos Materiales.

Merece comentario especial lo referente a la prescripción, tanto en lo que dice relación con la acción, como lo relacionado con la pena, pues la disposición contenida en el art. 257 del Código Penal establece que para esta y otras infracciones cometidas contra la Administración Pública, el tiempo de prescripción será el doble del previsto por el art. 101 del mismo Código; es decir, veinte años; sin embargo, con posterioridad a la vigencia de esta norma fue aprobada la Constitución Política de la República que se encuentra vigente desde del 10 de agosto de 1998, en cuyo art. 121 se establece en cambio la IMPRESCRIPTIBILIDAD tanto de la acción como de la pena para esta infracción y para las de concusión, cohecho y enriquecimiento ilícito.

Se considera que en virtud de la supremacía de la Constitución sobre otras normas secundarias, los tiempos de prescripción establecidos en el art. 257 del Código Penal han quedado sin efecto, atento lo que dispone el art. 272 de la propia Constitución, según el cual, las normas secundarias que de algún modo contradijeren la norma constitucional «no tendrán valor» y además, ha quedado también sin efecto por la derogatoria tácita prevista en el Código Civil cuando se trata de normas de diferente jerarquía.

En atención a la estructura del presente trabajo, quedan excluidas de este análisis las reformas producidas con posterioridad al año 1998, las mismas que por su importancia serán objeto de análisis y comentario especial al momento de abordar la evolución normativa correspondiente.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA CRISIS FINANCIERA DE 1998

La crisis financiera de 1998 fue ciertamente producto de una serie de factores que se conjugaron hasta producir un verdadero colapso sistémico en el sector financiero; factores que eclosionaron luego de un proceso al que asistieron elementos externos e internos, sociales, políticos y jurídicos, todos con directa incidencia en la economía y que determinaron la quiebra de aproximadamente el 70% del sector y la consecuente asunción de las pérdidas y de la administración de las instituciones financieras por parte del Estado, con el consecuente drama social que se produjo para los depositantes cuyos dineros fueron congelados, estableciéndose programas de devolución que aún no han concluido.

Circunscribiremos este análisis a la crisis financiera iniciada en julio de 1997, que consideramos es el detonante de la debacle financiera que afectó a todos los sistemas financieros mundiales y por supuesto, al sistema financiero ecuatoriano, no sin antes señalar que con anterioridad a dicha crisis, en el año de 1994 se tiene ya evidencia de una severa crisis financiera en México, que produjo lo que se conoce como el «efecto tequila», cuyas consecuencias se sintieron en toda la región y obligaron al gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica a canalizar una millonaria ayuda a este país.²⁹

La crisis financiera mundial que ocupa nuestra atención inicia conforme se indicó, el 2 de julio de 1997, cuando Tailandia, uno de los Estados conocidos como los «tigres asiáticos», devaluó intempestivamente su moneda, el Bath, lo que desencadenó una serie de devaluaciones monetarias de los demás países de la región y creó una fuerte presión en otras monedas de mayor consistencia, como el Yuan chino y el dólar de Hong Kong, que por encontrarse la primera sujeta al mecanismo cambiario rígido comunista y la segunda, inevitablemente anclado al dólar americano, no pudieron devaluar, pero perdieron competitividad en sus sectores externos de la economía (exportaciones).

Es necesario anotar que dichas devaluaciones sorprendieron a todos los inversionistas internacionales, puesto que los índices de crecimiento de los países del sudeste asiático mostraban niveles exorbitantes de bonanza económica, convirtiéndolos en poco más de una década en verdaderas potencias mundiales y en «mercados emergentes» de magnífica rentabilidad que atraje-

29. En este sentido, revista *Gestión*, No. 78, diciembre de 2000.

ron la atención e interés de absolutamente toda la inversión extranjera excedentaria de los países desarrollados.³⁰

El vertiginoso desarrollo económico de dichos países se basó en un modelo exportador agresivo, conocido como «export oriented», cuyo sustento, además de la propia idiosincrasia de sus pueblos, fue la total flexibilización de la legislación laboral, sin que existan jornadas de trabajo preestablecidas, así como la aplicación de programas de liberalización total de mercados y particularmente, de mercados financieros.

Las características de la crisis asiática rebasaron todas las previsiones teóricas del modelo económico neoliberal preconizado por el Fondo Monetario Internacional, según el cual, las crisis aparecen en los países, fundamentalmente por indisciplina fiscal, precarios aparatos productivos, incapacidad de ahorro interno y consecuentemente emisión monetaria inorgánica, puesto que en todos los países del sudeste asiático se presentaban exactamente las características contrarias, es decir, existía una irrestricta disciplina fiscal, caracterizada por un control absoluto del gasto público y dotada de una gran cantidad de ingresos provenientes de las exportaciones; existía además un aparato productivo altamente tecnificado y eficiente; la austeridad típica de sus habitantes, sumada a un crecimiento del PIB en el orden del 8,5% anual, determinaba que la capacidad de ahorro interno fuese extremadamente alta en relación a los demás países del mundo, aún a los industrializados, que crecieron a un promedio del 3,5% anual; y, finalmente, la emisión monetaria fue completamente controlada, permitiendo que se caracterice a todas las monedas de la región como «monedas fuertes» en relación al dólar.

No existe pues otra explicación de la crisis asiática, que no sea considerar el efecto contraproducente o «boomerang» que acarrió a las propias economías asiáticas el modelo exportador agresivo al que nos referimos anteriormente, produciendo lo que en economía se conoce como «deflación» en los precios de los productos exportados, por un exceso de oferta, a punto tal que por ejemplo, los precios de los automóviles, celulosa, acero, carbón, plástico, papel, equipos de computación y electrodomésticos se redujeron en un período anual, en el orden del 10%, lo que a su vez generó una deflación en los mercados bursátiles puesto que se redujeron las expectativas de los inversionistas internacionales, llegando a deteriorarse las acciones de empresas asiáticas y de las multinacionales que venden dichos productos, en porcentajes que oscilaron entre el 20 y 40%, en todas las Bolsas de Valores del mundo.

Por otra parte, el crecimiento inusitado de las economías asiáticas permitió que en los mercados bursátiles se generen grandes procesos especulativos, entre los que se expandió la inminencia de una devaluación de sus

30. Datos extraídos de la tesis doctoral del autor mencionada en cita anterior.

monedas y una volatilidad de los flujos de capitales a corto plazo, que buscaban altas rentabilidades en períodos de tiempo limitados y no sustentaban una real consistencia económica en el largo plazo, todo esto, sumado a un aperturismo económico indiscriminado y a la inclusión de reformas inconsistentes y excesivamente liberales en los sistemas bancarios, lo que a su vez generó un elevadísimo «riesgo moral» en los banqueros, que prácticamente podía hacer toda clase de operaciones, sin la contraparte de un sistema de control riguroso.

El exceso de liquidez degeneró en una administración dispendiosa del crédito, que se concentró en proyectos poco rentables, principalmente inmobiliarios, con tasas sumamente bajas y con garantías insuficientes, básicamente hipotecas, las que se vieron disminuidas más aún, cuando el encarecimiento de la tierra y de la construcción determinó una falta total de demanda, que obligó a una precipitada caída de los precios y la consecuente incobrabilidad de los préstamos destinados a esos sectores.

Si a todo esto agregamos la gravísima crisis económica de Rusia, caracterizada por la profunda devaluación del rublo y por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, encontramos que se propagó a gran velocidad el pánico bursátil de todos los inversionistas de los países industrializados, quienes inmediatamente retiraron sus capitales de todos los mercados emergentes, incluidos los más grandes de América Latina, como México, Argentina y Brasil, los que además se vieron afectados por las estrechas relaciones que mantenían con los mercados bursátiles de Tokio, Singapur y Hong Kong.

A pesar de que el mercado bursátil ecuatoriano es completamente precario y de que los embates de la crisis financiera mundial en este plano no se hicieron presentes en mayor grado, el Ecuador finalmente no estuvo ausente a este revuelo mundial, principalmente porque la inversión extranjera directa cayó a niveles jamás registrados; los llamados «capitales golondrina», que son recursos especulativos invertidos en instituciones financieras alzaron su vuelo, dejando una grave crisis de liquidez en el sistema; las líneas de crédito del extranjero se cerraron inusitadamente; el aparato productivo estuvo a punto de colapsar puesto que la iliquidez antes enunciada generó una profunda restricción del crédito y la elevación de tasas de interés; las exportaciones no tradicionales, destinadas en su mayor parte a los mercados del sudeste asiático y Rusia, en el caso de las flores, se vieron gravemente disminuidas; el precio del petróleo se desplomó a los niveles más dramáticos de la historia, situándose el barril en menos de 7 dólares; y, como consecuencia de todo esto, se produjo una gran ola especulativa con el dólar, llegando a destruirse el sistema de bandas cambiarias y colocándose su cotización hasta en S/. 18.000 por cada dólar.

El diagnóstico de la crisis ecuatoriana se complicó cuando tanto las personas naturales como jurídicas beneficiarias de créditos en el sistema financiero concedidos irresponsablemente desde el año 1993 en que existió una gran liquidez, cayeron en morosidad, incrementando los índices de cartera vencida y afectando todavía más la ya deteriorada liquidez del sistema.

Todo este panorama determinó que los dueños y administradores de los bancos, aprovechando la benevolencia de la legislación bancaria existente, traten de recuperar los alarmantes índices financieros de sus instituciones, forjando inversiones inexistentes, alterando balances, efectuando aumentos de capitales ficticios, incrementando el nivel de sus activos vía concesión de créditos vinculados a empresas inexistentes y con garantías insuficientes, para finalmente inyectar a sus instituciones hasta recursos provenientes de la retención de impuestos.

Esta es pues una brevísima relación de varios aspectos relevantes que permiten caracterizar a la crisis económica como una de las causas mediatas para la comisión de delitos bancarios, sin que sea por supuesto una causa aislada o la única, sino que tiene estrecha relación con los otros varios aspectos que se analizarán en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO III

Evolución normativa del delito de Peculado bancario a partir de la crisis financiera del año 1998

Luego de ocurrida la crisis financiera de 1998, en atención a la alarma social que se produjo por las graves consecuencias económicas, sociales y políticas que la misma supuso y como es costumbre en el Ecuador, la atención coyuntural de las funciones del Estado se centró finalmente en el debate de múltiples reformas a la legislación financiera en general y a la que se consideró como la principal infracción penal bancaria, que fue justamente el Peculado Bancario, habiéndose producido en orden cronológico, la siguientes reformas:

1. LEY 99-26 PUBLICADA EN REGISTRO OFICIAL NO. 190, DE 13 DE MAYO DE 1999

Como antecedente histórico es importante mencionar que esta es la época de auge de las mal denominadas «Leyes Marco», en las que se introducían en una sola ley reformas y derogatorias a varios otros cuerpos legales, aunque fuesen de otras materias, razón por la que fueron objeto de múltiples acciones de inconstitucionalidad, siendo célebres dentro de estos grupos de leyes, las denominadas en el argot común como «Leyes Trole», en sus diferentes versiones.

Siguiendo esta curiosa «técnica legislativa», mediante esta ley se reformaron también otros cuerpos normativos como la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Ley de Reordenamiento Económico en el Área Tributario Financiera, que tenía pocos meses de vigencia; y finalmente, el Código Penal y es mediante las reformas a dichos cuerpos legales, que se establece la prohibición absoluta del otorgamiento de créditos vinculados, se concede plazo perentorio a las instituciones financieras para recobrar los créditos vinculados ya otorgados y se elimina el denominado Impuesto del 1% a la Circulación de Capitales.

El art. 19 de esta Ley agregó un tercer inciso al art. 257 del Código Penal, que es el siguiente:

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.¹

El apremiado legislador de la época, al encontrarse con el grave problema de sancionar a los responsables de la crisis bancaria, mediante la aprobación de esta reforma acudió de manera desesperada y anti técnica a realizar una extensión del tipo penal en cuanto a los sujetos activos de esta infracción, aclarando que pueden ser agentes de Peculado Bancario los «funcionarios», «administradores», «ejecutivos», «empleados», «miembros» o «vocales» de los directorios y de los consejos de administración de las instituciones del sistema financiero nacional privado.

Pudo tratarse efectivamente de una buena intención la del legislador, pues hasta antes de esta reforma, se consideraba ya la posibilidad de que cometan Peculado los «servidores» de las instituciones financieras, tal como se lo ha advertido en un capítulo anterior de este mismo trabajo, existiendo por supuesto la discusión respecto de quienes debían ser considerados como «servidores»; mas la posible buena intención de quienes aprobaron esta reforma no hizo sino dar pábulo para que los acusados de infracciones bancarias, algunos estudiosos del tema y varios jueces establezcan, como en efecto lo han hecho incluso en diferentes fallos, que es recién a partir de esta reforma que existe el Delito de Peculado Bancario como infracción expresamente establecida en la ley penal; criterio con el que disentimos, como igualmente lo dejamos sentado en ese mismo capítulo anterior y por las razones allí expuestas.²

Esta misma ley en su art. 20 introdujo en cambio una nueva disposición penal, a la que en forma contraria al sistema de codificación de la ley mantenido hasta entonces, se denominó como «ART. 257-A» y cuyo texto es el siguiente:

1. Código Penal, Ediciones Legales, Sistema Legal FIEL MAGISTER.
2. Resulta importante a este respecto citar el fallo dictado por la Quinta Sala de la H. Corte Superior de Justicia, al pronunciarse sobre uno de los juicios iniciados contra el Eco. Alejandro Peñafiel, principal del Banco de Préstamos, en el que en fallo de mayoría, con un voto salvado, explícitamente los ministros de la Sala esgrimen esta tesis; pronunciamiento que incluso motivó la destitución de los referidos jueces y hasta su enjuiciamiento penal; medidas ambas que obedecieron a la alarma mediática que produjo el fallo, antes que a razones de exclusivo orden legal, tal como quedó demostrado con las posteriores absoluciones de los ministros en los procesos penales correspondientes, sin que hayan sido en cambio reintegrados a sus funciones judiciales.

Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.³

Esta infracción no hace sino penalizar la prohibición introducida en la misma ley, como una reforma a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, de conceder préstamos vinculados, habiendo procedido el legislador, como también resulta frecuente en el Ecuador, a pasar de una permisión casi absoluta vigente en la ley anterior, a una restricción total respecto de la concesión de estos préstamos, lo que de suyo demuestra la improvisación que se tiene al momento de legislar; pero más allá de aquello, introduce innecesariamente varias denominaciones alternativas a lo que laxa y sencillamente debió denominar «créditos vinculados», que es la única figura que conoce la legislación bancaria, sin que en esta norma penal se proporcione una definición de lo que han de entenderse por créditos «relacionados», o «intercompañías», denominaciones que tampoco existen en ningún otro cuerpo legal del ordenamiento jurídico nacional.

Aparte de estos aspectos que quizá hasta puedan pasar por formales, esta disposición contiene dos referencias a la conducta del agente, que se constituyen en elementos subjetivos del tipo penal, sin cuya concurrencia, en estricto derecho debería quedar excluida la punibilidad y que son en primer lugar la exigencia de que los agentes de la infracción deban obrar «abusando de sus calidades», obviamente de funcionarios, empleados, administradores, ejecutivos bancarios o miembros de los directorios o consejos de administración de las instituciones financieras; exigencia absolutamente incongruente con el contexto de la norma, pues si se prohíbe definitivamente la concesión de créditos vinculados, cualquier funcionario que otorgue o participe en el otorgamiento de dichos créditos necesariamente está «abusando de su calidad», pues está incurriendo flagrantemente en una prohibición legal; y, en segundo lugar, la exigencia de que la conducta del agente necesariamente sea *dolosa*, aclaración que deviene hasta en tautológica, pues para nadie es ajeno que el delito de Peculado es por antonomasia un delito que solo reprime las acciones dolosas, por oposición a las negligentes o culposas, que generan otro tipo de responsabilidad, diferente a la penal. Es probable desde luego, que la inclusión de esta aclaración se haya inspirado en el hecho de que fueron múl-

3. Código Penal, Ediciones Legales, Sistema Legal FIEL MAGISTER.

tiples los casos en que resultaron procesados penalmente los integrantes de directorios y juntas que habían adoptado decisiones corporativas en función de información errónea o evidentemente falsa, no solo en los cuerpos colegiados de instituciones privadas, sino hasta de entidades públicas de control.

Por último, la norma penal en comento efectúa un reenvío en cuanto a la violación de las «expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones», que no son otras que aquellas constantes en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, según las cuales a la fecha se prohibía totalmente la concesión de créditos vinculados y se establecían tres criterios para determinar la vinculación de las operaciones: por Propiedad, por Gestión o Administración y por Presunción, lo cual resulta también inútilmente reiterativo, pues habría bastado con que se mencionara que la conducta punible es el otorgamiento, la participación en el mismo o el ser beneficiario de créditos vinculados y nada más.

Lo que sí merece rescatarse es que aunque precariamente, la última parte de esta norma establece que la sanción puede alcanzar a los terceros o testafierros que se hayan prestado para la obtención de dichos préstamos vinculados.

2. LEY 2001-47, PUBLICADA EN REGISTRO OFICIAL NO. 422, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Esta ley en su art. 17 sustituye el primer inciso del art. 257 del Código Penal, el mismo que a partir de entonces tiene el siguiente texto:

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.⁴

De la comparación realizada con el texto anterior se determina que la principal reforma introducida radica en el incremento de las penas, que actual-

4. *Ibid.*

mente van de ocho a doce años para el caso del peculado en general; y de doce a dieciséis, para el caso de fondos destinados a la defensa nacional, mientras que en la norma anterior era de cuatro a ocho años y de ocho a doce años, respectivamente.

Existe sin embargo otra reforma relacionada con el beneficio del ilícito, que originalmente establecía debía ser a favor del propio agente, mientras que en la actualidad, el beneficio puede ser propio o bien a favor de «terceros», ampliación que consideramos es adecuada.

En cuanto a los objetos materiales respecto de los que se podía cometer el abuso, que originalmente era de dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o *efectos mobiliarios*, mientras que en la actualidad puede darse respecto de todos ellos, a excepción de los «efectos mobiliarios», expresión que ha sido sustituida por *bienes muebles e inmuebles*, sustitución que entraña un sentido harto más profundo que el meramente semántico, pues jurídicamente se definen a los «efectos mobiliarios» como los que «permiten realizar la colocación de capitales, productivos en forma periódica, siendo los principales las acciones, las obligaciones, las cédulas y los bonos»,⁵ pudiendo concluirse que en esta parte la reforma resulta también atinada.

Por último ya en lo que concierne a las conductas típicas, en la norma anterior se establecía que una de ellas podía ser la *malversación*, modalidad que con lógica ha sido excluida en esta reforma, pues esta «malversación» no existe más como tipo penal en la legislación nacional.

De lo manifestado se puede concluir que la evolución normativa del Delito de Peculado Bancario a partir de la crisis financiera del año 1998 presenta deficiencias tanto en la técnica legislativa utilizada, cuanto en la ubicación del delito en el catálogo general, así como en atención a los Bienes Jurídicos protegidos, falencias que si bien ya existían, con las reformas producidas no fueron rectificadas, sino por el contrario, ahondadas.

5. Jean Van Ryn, citado por Santiago Andrade Ubidia, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, mayo 2002, p. 58.

CAPÍTULO IV

Criterios indispensables de reforma de la figura jurídica denominada «Peculado bancario» y de otros «Delitos bancarios»

Los criterios indispensables de reforma de las normas que actualmente se conocen como «Peculado Bancario» pueden de hecho enlistarse, de la forma en la que a continuación se establece; sin embargo, se considera de mayor utilidad para efectos académicos y de propósito del presente trabajo, formular un proyecto de reforma puntual, que aspiramos sea discutido y desde luego mejorado por el Congreso Nacional, en el afán de ordenar el estado de caos en que actualmente se encuentran las normas penales económicas, ubicando en la estructura sugerida a los Delitos Bancarios de manera expresa, por tratarse del tema central de la presente obra; y, estableciendo de manera referencial la que se considera como estructura adecuada para otras normas penales económicas, cuya especificación y adecuada ubicación dentro de la estructura sugerida, deberá ser materia para una publicación exclusivamente dedicada a este objetivo.

1. CRITERIOS DE REFORMA

1. Se sugiere la supresión del actual inciso tercero del art. 257 del Código Penal;
2. Se sugiere igualmente la supresión del actual art. 257-A del Código Penal;
3. Se sugiere la supresión de los arts. 121, 128, 132, 136 inciso segundo (Plazo especial de prescripción para acciones penales) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero;
4. Se sugiere la creación de un nuevo Título dentro del Libro Segundo del Código Penal intitulado «DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL».

Pese a que se ha considerado la posibilidad de introducir reformas en cuanto a la especialización de Fiscales y Jueces en Derecho Penal Económico, dado el estado actual de la casuística, se considera innecesaria, por el riesgo que corre de ser meramente coyuntural una reforma en este sentido; y porque

en lo que al Ministerio Público se refiere, con relativo acierto, éste ha creado ya desde hace tiempo (igualmente coincidiendo con los resultados inmediatos de la crisis financiera), una unidad especializada en «Delitos Financieros».

2. PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL Y A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Exposición de motivos

Durante el año de 1998 el Ecuador atravesó una grave crisis financiera que fue el resultado de una serie de factores entre los que se cuentan la crisis financiera internacional, que disminuyó severamente el flujo de capitales y determinó el cierre de líneas de crédito internacionales; los efectos de desastres naturales, que produjeron la paralización de las actividades productivas y colocaron a las empresas en incapacidad de honrar sus obligaciones; pero que también fue producto de la excesiva permisividad existente en la legislación que regulaba al sistema financiero.

Como resultado de esta variedad de factores, se produjo el cierre de más del 70% de instituciones del sistema financiero que operaban en el país, debiendo asumir el Estado los costos no solo de la devolución de recursos a los depositantes, sino además, de la ineficiente gestión de los administradores bancarios.

Una vez producidos los acontecimientos, surgió la necesidad de establecer sanciones de todo orden contra las administraciones bancarias ineficientes y dolosas, debiendo analizarse la especie de responsabilidad que habría de atribuirse a dichos administradores, esto es, en las esferas administrativa, civil o penal; análisis que dada la premura con que ocurrieron los acontecimientos no fue del todo acuciosa, sino que por el contrario, se instauraron muchas veces de manera precipitada procesos penales, preferentemente, con la intención política de apaciguar a la opinión pública.

Muchos de los procesos iniciados encontraron varios obstáculos por falta de suficiencia y claridad de las normas legales existentes; al punto que debió forzarse una reforma penal para sancionar los hechos dolosos que hasta entonces no se encontraban previstos en ninguna norma, pero que de hecho no alcanzaban a los actos cometidos antes de la vigencia de dicha reforma, por mérito de los principios de IRRETROACTIVIDAD Y LEGALIDAD DE LA LEY PENAL.

Ante el caos normativo que actualmente existe en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, al menos en lo que al Derecho Penal Económico se

refiere, resulta prioritario impulsar una reforma legal que confiera mejor sistematización y orden a la normativa dispersa, a través de la incorporación de todas las normas en un solo cuerpo legal, que desde luego no puede ser otro que el Código Penal, en cuyo trabajo de actualización se debe también emprender de inmediato, para ponerlo a tono con las tendencias contemporáneas de la doctrina penal económica.

El H. Congreso Nacional

Considerando:

Que es deber primordial del Estado velar por la existencia de un sistema económico que propenda al desarrollo sostenible y al bienestar de todos los ciudadanos, tal como lo establecen los arts. 242 y 243 de la Constitución Política del Estado;

Que para hacer efectivo dicho deber, el Estado requiere de un marco legal que determine con claridad los derechos y obligaciones de los diferentes agentes económicos;

Que para la existencia del referido marco legal es necesario contar con leyes claras y eficaces que propendan a la búsqueda de la seguridad jurídica para hacer efectiva la garantía constitucional prevista en el art. 23 numeral 26 de la misma Carta Política;

Que es atributo privativo del Estado determinar las conductas de los agentes económicos que se consideren contrarias al ordenamiento jurídico, para de esta forma establecer las correspondientes sanciones;

Que en este sentido, resulta indispensable organizar las normas penales económicas que actualmente constan dispersas en diferentes cuerpos legales, para de esta forma hacer posible su efectiva aplicación;

Y en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL Y A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Art. 1. Incorporase a continuación del Título V del Libro II del Código Penal, un Capítulo que se denominará «DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL», con el siguiente texto:

Título ...**De los delitos contra el orden económico y social****Capítulo I****De los delitos contra el sistema financiero**

Art... La violación al Sigilo Bancario establecido en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero será reprimida con prisión de uno a cinco años de prisión.

Art... Será reprimido con prisión de dos a cinco años y multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos vitales unificados, la persona natural o los representantes legales de las personas jurídicas que sin formar parte del sistema financiero, por no contar con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros, realizan operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema, especialmente la captación de recursos del público, exceptuando la emisión de obligaciones cuando ésta proceda al amparo de la Ley de Mercado de Valores. Quedan igualmente comprendidos en esta disposición quienes hacen propaganda o uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que sugiera que su negocio es de giro financiero o de seguros.

Art... Será reprimido con prisión de dos a cinco años y con multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos vitales generales unificados, cualquier director, administrador, funcionario o empleado de una institución del sistema financiero o la persona que actúe en nombre y representación de aquellos, cuando hubiere cometido una o varias de las siguientes infracciones:

- a) Declaración falsa, respecto de las operaciones de la institución financiera;
- b) Aprobación y presentación de estados financieros falsos;
- c) Ocultamiento a la Superintendencia o a sus representantes debidamente autorizados, de la verdadera situación de la institución del sistema financiero;
- d) Ocultamiento, alteración fraudulenta o supresión en cualquier informe de operación, de datos o de hechos respecto de los cuales la Superintendencia y el público tengan derecho a estar informados;
- e) Realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o las de sus compañías afiliadas y subsidiarias o las de compañías pertenecientes al mismo grupo financiero;
- f) Conceder créditos directos, indirectos y contingentes con el objeto de que su producto sea destinado, directa o indirectamente, a la suscripción y pago de acciones de la propia institución o de cualquier otra compañía del grupo financiero; y,
- g) Constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, incluido los recibidos en dación en pago, salvo el caso de que cuenten con la autorización previa de la Superintendencia.

Art... Serán reprimidos con reclusión menor ordinaria, de tres a seis años, los directores, administradores, funcionarios o empleados de una institución

financiera que hubiesen participado en el cometimiento de cualquiera de los siguientes actos:

- a) Reconocer obligaciones inexistentes;
- b) Simular enajenaciones o gravámenes, con perjuicio de los acreedores;
- c) Comprometer o disponer los bienes recibidos en depósito o custodia;
- d) Pagar antes del vencimiento de la obligación, a uno o más acreedores de la institución financiera, dentro los sesenta días anteriores a la declaración de liquidación forzosa;
- e) Ocultar, alterar fraudulentamente, falsificar o inutilizar los libros o documentos de la institución;
- f) Vender dentro de los sesenta días anteriores a la fecha de la declaración de liquidación forzosa, bienes del activo a precios inferiores a los de mercado;
- g) Emplear otros arbitrios ilegítimos para proveerse de fondos;
- h) Infringir en forma reiterada, dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha de la declaración de la liquidación forzosa, los márgenes de crédito a los que se refieren los artículos 72, 73 y 75 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero;
- i) Celebrar contratos u otro tipo de convenios, en perjuicio del patrimonio de la institución, con las personas que la Superintendencia de Bancos hubiere determinado de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero;
- j) En general, ejecutar dolosamente una o varias operaciones que disminuyan el activo o aumenten el pasivo, siempre que dichas operaciones causen peligro al patrimonio de la institución financiera o del público depositante.

Art... Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional público o privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que, en beneficio propio o de terceros, hubieren distraído de los propósitos propios de la intermediación financiera, o hubieren abusado de cualquier forma, de los dineros del público depositante, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles, que estuvieren confiados a la institución financiera.

Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Art... Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.

Art... Sustitúyese el art. 121 de la Ley General del Instituciones del Sistema Financiero, por el siguiente:

Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del sistema financiero y no cuentan con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema, especialmente la captación de recursos del público, exceptuando la emisión de obligaciones cuando ésta proceda al amparo de la Ley de Mercado de Valores. Tampoco podrán hacer propaganda o uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que sugiera que el negocio de dicha persona es de giro financiero o de seguros. La Superintendencia expedirá el reglamento sobre esta materia.

En el caso que, a juicio de la Superintendencia de Bancos se pueda presumir que existe una infracción a lo dispuesto en este artículo, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores las mismas facultades de inspección que la ley confiere respecto de las instituciones controladas.

La Superintendencia ordenará la suspensión de las operaciones financieras que se realicen en contravención a este artículo. Además aplicará a las personas que las efectúen una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a doscientos salarios mínimos vitales generales unificados.

En caso de incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o de reincidencia, se aplicará una multa equivalente al quince por ciento (15%) de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a cuatrocientos salarios mínimos vitales generales unificados. La Superintendencia pondrá este hecho en conocimiento de un agente fiscal.

La imposición de sanciones, en ningún caso relevará al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

DEROGATORIAS

Deróganse los arts. 94, 125, 128 y 132 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; así como el inciso tercero del art. 257 y el art. 257 A del Código Penal

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los ...

Resulta indispensable mencionar que con el propósito de impulsar un proyecto de reforma integral en materia penal económica (que no es el propósito del presente trabajo), al proyecto de ley que antecede debería agregarse los capítulos correspondientes a los delitos «Societarios y Bursátiles», «Tributarios», «Aduaneros», «Contra la Propiedad Intelectual», «Informáticos» y «Contra el Medio Ambiente», que actualmente se encuentran contenidos en normas dispersas del ordenamiento jurídico nacional.

CAPÍTULO V

Razones extranormativas que influyeron en la comisión y aplicación judicial del delito de peculado bancario en la crisis financiera de 1998

1. PRÁCTICAS IRREGULARES DE LAS ADMINISTRACIONES BANCARIAS

Las prácticas irregulares que las administraciones bancarias han cometido a lo largo de toda la historia de la banca, constituyen sí una causa inmediata para la comisión de delitos bancarios, pues dicen relación directa con la conducta de los sujetos activos, ya no solo determinada por factores exógenos, como la crisis financiera mundial o nacional, sino por otras motivaciones, que en términos generales se reducen a la obsesión por incrementar ganancias y patrimonios, pero también, desde una perspectiva macro, a la pugna regional que ha existido en el país por captar mayores y más sólidos espacios de poder económico, que indefectiblemente se convierten en espacios de decisión política; de ahí que no sea extraña la frecuencia con que se ha caracterizado a nuestro sistema de gobierno como un sistema de «plutocracia».

Lo que se ha denominado en el presente trabajo como «prácticas irregulares de las administraciones bancarias» son arbitrios que permiten a los banqueros, administradores y accionistas, orientar los recursos de los depositantes a actividades de alto riesgo y por tanto, de mayor rentabilidad o de beneficio exclusivo para dichos administradores y accionistas. Hay que indicar que en muchas ocasiones las referidas prácticas irregulares están autorizadas por la propia ley, como hasta la vigencia de la anterior Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, para el caso de los créditos vinculados, que eran admitidos hasta por un 60% del Patrimonio Técnico constituido de cada banco, con la sola condición de que se encuentren respaldados por garantías «adecuadas», «de acuerdo con las normas que la Superintendencia dicte para el efecto»; parámetros que resultaban absolutamente discrecionales y que eran vulnerados con la mayor facilidad.

Las prácticas bancarias irregulares se convirtieron también en medios o mecanismos para la comisión de delitos bancarios, como en el caso de la presentación de estados financieros falsos o en el ocultamiento de información a la Superintendencia de Bancos, sin embargo y de acuerdo con lo indi-

cado en líneas anteriores, no constituyen medios «per se», ya que en varias ocasiones se encuentran autorizados por la propia ley, pero sus excesos desembocan inevitablemente en una serie de ilícitos que se cometen bien sea para ocultarlos o para regularizarlos y adecuarlos a los niveles legalmente permitidos, con lo cual, su ejecución dentro de dichos márgenes los convierte efectivamente en causas de los ilícitos que se cometen aprovechando su permisibilidad.

Dentro de las prácticas irregulares más usualmente utilizadas por las administraciones bancarias en la crisis financiera de 1998 podemos encontrar:

1. Políticas de mercado excesivamente agresivas, que con el propósito de captar el mayor número de clientes, descuidaron las seguridades mínimas que debían guardar las instituciones financieras, tanto en la aceptación de captaciones, como en la colocación de activos financieros y que desencadenaron en incrementos substanciales de los niveles de riesgo a que las instituciones se expusieron. Esta práctica en otros países es conocida como «oferta engañosa de productos bancarios» y en el Ecuador se ha manifestado en difusiones publicitarias que inducía al error de los depositantes, con falsas expectativas de altas tasas de interés, de pago de rendimientos diarios, de solvencia y consistencia financieras de las instituciones, de premios, loterías, viajes, sueldos de por vida, llegando incluso en uno de los casos tristemente célebres, a engañar hasta a los niños, para conseguir captar sus modestos ahorros, en un intento desesperado de mejorar la liquidez del banco a toda costa.

En lo que tiene que ver con la colocación de créditos en cambio, se produjo una encarnizada pugna bancaria por repartirse entre cuarenta y un entidades (sin tomar en cuenta financieras, mutualistas y cooperativas de ahorro y crédito), un mercado absolutamente insuficiente como el ecuatoriano, que además soportaba para entonces una economía recesiva; factores que no fueron considerados por las administraciones bancarias, que para captar negocios otorgaron créditos en forma indiscriminada, sin evaluar profesionalmente los riesgos adquiridos, ni la capacidad patrimonial de los deudores, peor aún, la factibilidad de recuperación de la cartera y la suficiente cobertura de garantías. De esta manera se financiaron proyectos carentes de sustento técnico y se incrementó en forma substancial la cartera vencida del sistema, con la consecuente presión a la liquidez de los bancos cuando llegaron las fechas de vencimiento de los depósitos que financiaron dichos proyectos, que además se encontraban en su mayoría a corto plazo (51,6% del total de depósitos del sistema) y pactados a altas tasas de interés.

2. Concentración del crédito en determinados segmentos de la economía, lo que hace depender gran parte de la cartera y su recuperación, de las

condiciones en que dicho segmento se encuentre; es así que algunos bancos destinaron la mayor parte de sus recursos a financiar proyectos de vivienda, inversiones petroleras o plantaciones florícolas; sectores económicos que como producto de la crisis económica se deprimieron notablemente y determinaron un incremento inusitado de la cartera vencida e irrecuperable. Esta práctica se relaciona también directamente con una falta de evaluación profesional del crédito y de una percepción adecuada del entorno económico en el que este se colocaría y su mayor debilidad estriba en una falta de lo que se conoce como «análisis sectorial de crédito y evaluación de riesgos», determinada por una competencia desmedida de los bancos en los diferentes mercados de colocación.

3. Concentración de créditos vinculados en condiciones preferenciales o desproporcionadas en relación con su patrimonio o con el de la institución financiera, en muchos casos con infracción a los límites máximos previstos por la ley entonces vigente.

Vale mencionar que las crisis bancarias que se han producido en el Ecuador, desde un inicio han estado estrechamente relacionadas con los créditos vinculados y la última de 1998, que por su puesto obedece a una serie de factores adicionales, no ha sido la excepción; es así que el crédito vinculado estuvo presente absolutamente en todos los bancos cuya liquidación forzosa se ordenó o que fueron sometidos a procesos de saneamiento, exhibiendo los niveles más alarmantes los bancos Continental, de Préstamos, del Azuay, Filanbanco, Tungurahua y del Progreso, con montos de 10.283 millones de sucres, 449.056 millones de sucres, 23.330 millones de sucres, 426.507 millones de sucres, 74.795 millones de sucres y 1,7 billones de sucres, respectivamente, que representaron porcentajes del 45, 33, 8, 54 y 25, 8% de sus respectivas carteras.

La gravedad de los créditos vinculados fue develada a la opinión pública en el juicio político que el Congreso Nacional siguió en contra del entonces superintendente de Bancos, Dr. Jorge Egas Peña, en el cual se exhibió gran cantidad de documentación y datos hasta entonces conocidos únicamente por las autoridades de control. De todos estos documentos merece especial referencia aquel en el que aparece que el Banco de Préstamos concedió operaciones de crédito directas y contingentes al grupo de Alejandro Peñafiel, mayor accionista del Banco, por un monto de 107 millones de dólares, siendo uno de los créditos más importantes el concedido al proyecto denominado «Camposanto Monteolivo», que se encontraba sobrevalorado substancialmente en los datos que constan en el estudio de factibilidad.

Así mismo, la revista *Vistazo*, en su edición de 10 de septiembre de 1998, trae un reportaje que con el título de «Confidencial» dice textualmente:

«El secretario general de la Administración, Jaime Durán Barba es socio de Alejandro Peñafiel, presidente del Banco de Préstamos, dentro de la empresa SORTITUS S.A., que en convenio con el Consejo Provincial de Pichincha, ejecutaba el juego de lotería 1 2 3 Rico, que se suspendió el 1 de agosto porque el Ministerio de Gobierno no le concedió autorización definitiva. A partir de esa sociedad que comenzó en 1994 entre Durán Barba y Peñafiel, se dio una gran relación, tanto que Peñafiel contrató a Durán como su asesor político, cargo que lo venía ejerciendo hasta los primeros días de septiembre de 1998, incluso después de que el Banco de Préstamos entró en liquidación...».¹ Según el informe reservado de la Superintendencia de Bancos, de fecha 3 de junio de 1998, la empresa SORTITUS S.A. registra un crédito de 5.887 millones de sucres, que no fue reportado como vinculado por el Banco de Préstamos y que está además vinculada con otra denominada MEGACROW INVESTMENT COMPANY que sería la mayor accionista de SORTITUS y tiene a su vez un crédito de 5.117 millones de sucres, pero que además funge como garante del crédito de SORTITUS, con lo que se verifica una vinculación por presunción establecida por la Superintendencia de Bancos en el mismo informe reservado; todo lo cual revela que los créditos concedidos a este grupo ascienden a 11.004 millones de sucres, que no han sido cancelados al Banco.

En el caso del Banco del Tungurahua, la concentración de crédito se produjo básicamente con empresas del grupo FINVER, integrado por las compañías FINVERHOLDING S.A., STONEHILL, CONSULTANT AND INVESTMENT DEVELOPMENT CORP., MINZONI S.A. y Ernesto Hidalgo Viera, para citar las más importantes. Llama por ejemplo la atención que a Ernesto Hidalgo Viera se haya otorgado un crédito por 6.000 millones de sucres, al 25% anual de interés, a 10 años plazo y pagaderos anualmente.

El Banco del Azuay es también uno de los casos célebres en cuanto a créditos vinculados, especialmente con empresas y personas naturales relacionadas con la familia Miranda Alcívar, propietarios de la mayoría accionaria del Banco. En este banco aparecen ya las que se dio en denominar empresas fantasmas, es decir, empresas que no existían operativamente, sino únicamente de nombre y que se beneficiaron de créditos millonarios, tal como aparece en un reportaje del diario *El Universo* de la ciudad de Guayaquil, que textualmente dice: «El diputado Fernando Rosero (PRE) anunció ayer que planteará juicio penal en contra del superintendente de Bancos Jorge Egas Peña, y de los directivos del Banco del Azuay, Carlos Julio y José Miranda, por defraudación al Estado, según Rosero, los principales directivos del Banco del Azuay crearon cuatro empresas fantasmas: Verbank S.A., Criscroporp S.A.,

1. Revista *Vistazo*, edición de 10 de septiembre de 1998.

Vianello S.A. y Grufini S.A., que la primera de las financieras fantasmas, cuyo gerente es José Miranda Alcívar compraba cartera a grupos de comerciantes de la bahía de Guayaquil y lo hacía con intereses usurarios, pero con fondos del Banco del Azuay, que Grufini S.A., cuyos representantes legales son Carlos Julio Miranda y José Miranda Alcívar, desviaron 58.000 millones de sucres, en esta perspectiva, anunció que presentará una demanda penal en contra de los referidos banqueros ante la justicia ordinaria.»²

El caso Banco del Progreso es sin embargo el más decidor y alarmante en lo referente a crédito vinculado. Es así, que mediante informe No. 9902 emitido por el Lcdo. Gustavo Mayorga y José Olives, supervisor y auditor de la Superintendencia de Bancos respectivamente, se comunica al Intendente de Bancos de Guayaquil, Carlos Plaza Hernández, que en el departamento de custodia del Banco del Progreso se realizó una verificación física de los cien mayores clientes y se encontró que ochenta y seis de ellos fueron declarados vinculados por presunción, cuyos créditos ascienden a un 273% del Patrimonio Técnico constituido del banco, cuando el límite máximo que se podía otorgar hacia estos sujetos de crédito era de 60% del mismo; así mismo, de los cien clientes auditados, tan solo el 16% se encuentra cubierto, quedando en alta exposición de riesgo el 84% de ellos. En todos los casos, los créditos concedidos excedían del 200% del patrimonio de cada deudor, lo que se encontraba también prohibido por la ley entonces vigente (art. 72 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero).

Por otra parte, se encontraron 400 empresas vinculadas, cuyos capitales sociales eran de apenas cinco millones de sucres, funcionaban en una misma dirección, registraban un mismo teléfono y tenían como accionistas a empleadas domésticas, zapateros y albañiles, habiéndose beneficiado de créditos millonarios que no se compadecen con sus patrimonios ni con sus garantías, con lo que se demuestra la existencia de las mencionadas empresas «fantasmas» y de testaferros.

4. Ejecución de actos ilícitos, de aquellos prohibidos por la ley, tanto para incrementar las utilidades como para ocultar la real posición financiera de la institución, producto de otras prácticas irregulares como los créditos vinculados, así como para inyectarle recursos ficticios o provenientes de la legitimación ilegal de capitales, tanto a la institución, como a las demás empresas del grupo financiero.

Dentro de estos actos ilícitos se encuentran diversas formas de captación de recursos por parte de los bancos, concediendo como títulos representativos de las inversiones, avales en letras de cambio, cheques pagaderos en

2. Diario *El Universo*, p. A4, 29 de marzo de 1999.

bancos extranjeros, pagarés, y certificados de bóveda, que no constituyen acreencias depositarias que de conformidad con la ley de la materia deben instrumentarse en Certificados de Depósito o en Pólizas de Acumulación y que por tanto, no gozan del beneficio de la Garantía de Depósitos, en caso de que los bancos eran sometidos al procedimiento de saneamiento, con lo cual se despojó al público de sus recursos y se le impidió acceder a los recursos que destinaba el Estado para honrar la referida Garantía de Depósitos. Lo propio ocurrió con los depósitos que se pactaron sobre tres puntos porcentuales por encima de la tasa pasiva promedio ponderada para operaciones pasivas, publicada semanalmente por el Banco Central del Ecuador, las que tampoco se encontraban ni se encuentran amparadas por la Garantía de Depósitos.

5. Inconsistente calificación de la cartera de créditos, pues todos los bancos, a través de sus Comités de Crédito calificaban a sus activos como clase «A», es decir, de poco riesgo, mas cuando se presentan los problemas de recuperación de cartera, la realidad fue completamente distinta. Esta práctica se evidencia en uno de los reportes que los bancos enviaban a la Superintendencia de Bancos en esa época, según el cual, a septiembre de 1998, 39 bancos, sin considerar Solbanco ni Banco de Préstamos que se encontraban ya en problemas, reportaron que más del 80% de sus carteras estaban calificadas como tipo «A» y posteriormente, se evidenció que Filanbanco, Banco del Azuay y Banco del Progreso que concentraban crédito en empresas vinculadas, no tenían el respaldo patrimonial mínimo de los sujetos de crédito, puesto que con capitales sociales de apenas cinco millones de sucres, eran beneficiarios de créditos millonarios y tampoco presentaban cobertura suficiente de garantías, por lo cual, jamás podían ser consideradas como de poco riesgo. Adicional a ello, se conoce que en los resultados de las auditorías internacionales que se realizaron, apenas tres de los cuarenta y un bancos fueron calificados con categoría «A».

6. Baja capitalización de las instituciones, manifestada en que el capital y reservas de todo el sistema bancario, representaba solo la séptima parte de los activos, es decir del total de créditos otorgados, así mismo, el capital propio era solo una pequeña fracción de los fondos movilizados, de manera que los pasivos de la banca representaban a diciembre de 1998, casi siete veces su patrimonio.³

7. Bajas provisiones destinadas por los bancos para eventuales pérdidas, que demuestra paradójicamente que mientras el cobro de los créditos se

3. Dato constante de la revista *Vistazo*, edición 10 de septiembre de 1998.

hacía más difícil, las provisiones disminuían, es decir que el «colchón» para enfrentar las pérdidas era cada vez menor.

Mientras en diciembre de 1997 el índice de provisiones en relación a la cartera vencida representaba el 11,2%, en octubre de 1998 disminuyó al 10,6%, mejorando inesperadamente en diciembre del mismo año y subiendo al 12,5%. Este comportamiento hace suponer que algunos bancos no tuvieron recursos necesarios para mantener una política consistente de provisiones y hacia el final del año la única alternativa fue hacer un severo ajuste para castigar cartera, lo que demuestra que la estimación de incobrabilidad no fue real y que ciertos bancos mantuvieron saldos ficticios de cartera de créditos por vencer, que fortalecieron en balances sus activos, cuando en la práctica tuvieron un mayor nivel de créditos incobrables.

8. Concesión de créditos de liquidez por parte del Banco Central del Ecuador, que mantuvo durante mucho tiempo la función de prestamista de última instancia para los bancos y que se estima había orientado hasta el año 1999 mil quinientos millones de dólares en créditos concedidos los bancos.⁴

Esta es una práctica irregular en la medida que los bancos, concededores de esta posibilidad acudían a créditos de liquidez, créditos subordinados y programas de estabilización al amparo de lo previsto en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, para cubrir sus deficiencias patrimoniales y para sostener sus niveles de liquidez.

Por efectos de esta práctica, se otorgaron préstamos por ciento cincuenta millones de dólares al Banco Continental, cuarenta millones de dólares al Banco de Préstamos, sesenta millones de dólares al Banco del Azuay, ochocientos millones de dólares a Filanbanco y novecientos cincuenta y dos millones de dólares al Banco del Progreso, solo para mencionar los más representativos y sin tomar en cuenta que diariamente el Banco Central efectuaba préstamos de liquidez a bancos, aunque sea solo por días o únicamente para cubrir deficiencias temporales de encaje bancario o cámara de compensación.

Los perjuicios que dimanaron de estas prácticas bancarias irregulares comprometieron los fondos de un millón setecientos cuarenta mil depositantes, distribuidos de la siguiente forma: doscientos cuarenta mil por el Banco Continental, ciento cuarenta mil por el Banco de Préstamos, sesenta mil por el Banco del Azuay, quinientos cincuenta mil por el Filanbanco y setecientos cincuenta mil por el Banco del Progreso, todo ello, sin contar con sociedades financieras, casas de valores, administradoras de fondos y cooperativas de

4. *Ibíd.*

ahorro y crédito que también se encuentran en liquidación o sujetas a procesos de saneamiento.⁵

La ejecución de todas estas prácticas generó una espiral de infracciones bancarias en la pretensión de los accionistas y administradores de los bancos, de garantizarse impunidad y obtener mayores réditos económicos; dando lugar a un estado tal de desconfianza en el sistema, que motivó inclusive la intervención del Embajador norteamericano de entonces, Leslie Alexander, quien declaró a la prensa nacional «Son los banqueros los que se roban millones, huyen para Miami y viven suntuosamente después. Es repugnante».

Por su parte, el Dr. Carlos Larreátegui Nardi, entonces presidente de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador, en relación a las prácticas irregulares del Banco del Progreso declaró «Un esquema semejante no solo viola normas jurídicas elementales, sino atenta contra normas éticas bancarias y empresariales que la Asociación y sus miembros han defendido siempre.»⁶

Finalmente cabe mencionar que según un informe especial publicado por el diario *El Comercio*, de fecha 22 de diciembre de 1998, el crédito vinculado de 33 de los 41 bancos, cortado a septiembre del mismo año, supera los 2,6 billones de sucres, que representa el 10% de toda la cartera del sistema bancario a esa fecha.⁷

2. DEFICIENCIAS EN EL SISTEMA DE CONTROL

La crisis bancaria de 1998 puso en evidencia la fragilidad del sistema de control bancario vigente en el Ecuador hasta esa época y en este sentido se han pronunciado varios analistas económicos y legales.

En todo caso, la liberalización de los mercados financieros que se produjo de manera indiscriminada en el año de 1994, en aplicación de una doctrina neoliberal a ultranza, determinó así mismo, la desarticulación legal de las facultades controladoras de la Superintendencia de Bancos,⁸ con la expedición de la anterior Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 439, de mayo de 1994, en sustitución de la primera Ley General de Bancos.

Esta ley trajo innovaciones importantes al marco legal de la actividad bancaria ecuatoriana, introduciendo conceptos que aparentemente guardaban

5. *Ibíd.*

6. Diario *Hoy*, p. 5A, 1 de abril de 1999.

7. Diario *El Comercio*, edición de 22 diciembre 1998.

8. Diario *El Comercio*, 1 septiembre de 1999, p. A4.

sindéresis con la orientación tecnológica financiera mundial, como la «banca múltiple», que permitía a las instituciones financieras la realización de las más variadas actividades y la introducción de los más ingeniosos productos financieros, para diversificar la gama de servicios y prestar una mejor atención; así mismo, se introdujo una reforma importante en lo relacionado con la posibilidad de constituir los denominados «Grupos Financieros» que consoliden en un mismo emporio bancario, diversas instituciones de servicios financieros o auxiliares, como aseguradoras, casas de valores, administradoras de fondos de inversión y fideicomisos, etc., bajo la supervisión de una sociedad holding controladora o de una entidad cabeza de grupo, que debía consolidar la información financiera y contable. Se introdujo así mismo la posibilidad de que los bancos nacionales conformen oficinas en el extranjero, que son las conocidas como «off-shore» o entidades «fuera de costa», con lo cual, el radio de acción de las entidades bancarias se ampliaría principalmente a países conocidos como «paraísos fiscales», en los que aparentemente se colocaban depósitos con regímenes tributarios más flexibles o no gravados. Finalmente, se introdujeron criterios de evaluación importantes como el Patrimonio Técnico, tanto constituido como requerido.

Todas estas innovaciones que en principio ponían a tono al Ecuador con la legislación internacional y con el dinámico desarrollo del sistema financiero en un mundo globalizado, resultaron sin embargo nocivas en lo que tiene que ver con las facultades legales y discrecionales de la Superintendencia de Bancos, que como lógica consecuencia de una diversificación de productos financieros, debió también ser fortalecida y dotada de capacidad de intervención suficiente, no solo para solucionar crisis, sino más bien para anticiparlas y estructurar programas de reestructuración en tiempo oportuno.

Esto no ocurrió y más bien se dismanteló un mecanismo efectivo previsto en la anterior Ley de Bancos, consistente en la intervención permanente del organismo de control a través de un auditor destinado a cada institución financiera, que se encargaba de vigilar constantemente sus operaciones y mecanismos de administración de riesgos, con lo que se establecía un sistema permanente de inspección *in situ*, cambiándolo por un sistema de inspección *extra situ* respaldado por la existencia de un auditor interno en cada banco y la obligación de emitir dictámenes y reportes, por parte de las firmas de auditoría externa; gestión de control que en teoría era consolidada con la posibilidad de que el Superintendente de Bancos en cualquier tiempo pueda ordenar las inspecciones que considere necesarias por parte de los grupos de auditoría de la Superintendencia.

Las debilidades de este esquema se concretan en primer lugar en que el auditor interno que reemplazó al auditor de la Superintendencia de Bancos

es un empleado más de las entidades financieras, que depende administrativamente de la alta gerencia y que recibe remuneración de la propia entidad; en segundo lugar en que las firmas de auditoría externa son escogidas y remuneradas por la propia institución financiera, lo que evidentemente pone en entredicho su autonomía y la veracidad de los dictámenes que emiten respecto de los estados financieros y los sistemas de control interno; y, en tercer lugar porque la famosa potestad del Superintendente para ordenar las inspecciones que considere necesarias a los bancos, se ejerció de manera discrecional y exclusivamente con los bancos que no eran considerados intocables o con aquellos con los que este funcionario no tenía ninguna vinculación o interés como ex empleado o administrador.

Por otra parte, el esquema de inspección *extra situ* acusa graves falencias, pues si bien existía la obligación por parte de los bancos de enviar a la Superintendencia reportes incluso diarios y por vía magnética (disquetes o correo electrónico a esa época) así como por medios manuales, el sistema de control parte de la confianza absoluta en las declaraciones y cifras proporcionadas por los bancos en dichos reportes, que en no pocas ocasiones se ha demostrado han sido alterados, sobrevaluados o falsificados, tal el caso últimamente del Banco Unión, que ha motivado que la Superintendencia inicie juicios penales por el delito de falsificación y ocultamiento de información financiera.

Merece también especial atención el hecho de que permanentemente han sido designados como Superintendentes de Bancos, personajes relacionados con el mismo sector bancario, que han ocupado cargos de abogados, asesores y administradores de las instituciones financieras, con lo que se ha verificado aquel adagio de que «se ha puesto a los ratones a cuidar el queso», exhibiéndose como justificativo principal el que ha sido necesario nombrar a dichos personajes porque el manejo fundamentalmente técnico de la supervisión bancaria requiere de profesionales que tengan amplio conocimiento de la materia y estos profesionales únicamente es posible encontrarlos en los propios bancos, con lo que se ha propiciado un grave y peligroso conflicto de intereses que ha dado lugar a que se acentúe aún más la fragilidad del control bancario y se produzca la última y más grave crisis financiera, así como que se permita y hasta encubra la comisión de delitos bancarios.

Para sustentar este aserto acudimos nuevamente al documento manejado en el juicio político al superintendente de Bancos, Jorge Egas Peña, según el cual, la Superintendencia de Bancos estaba al tanto absolutamente de todas las deficiencias presentadas por los bancos que colapsaron, sin embargo de lo cual, nunca anticipó tal situación ni adoptó correctivos o aplicó sanciones.

Se indica en el referido documento que en el caso Banco de Préstamos, «ante la vista y paciencia de la Superintendencia de Bancos, el Banco de Préstamos en los últimos meses comenzó a pagar tasas de interés consideradas las más altas del mercado financiero, con una campaña millonaria engañaron a los ecuatorianos y de una forma criminal, especialmente a los niños, la campaña cuenta conmigo poquito a poco, hizo que los niños lleven a sus padres a depositar en el Banco de Préstamos, en este país no se puede ya confiar en nadie, no nos pueden seguir engañando y quién responderá por el dinero de los niños que crecerán con la idea de que en este país no se puede ahorrar. Es criminal que se haya utilizado a los niños para captar los depósitos, con el silencio cómplice de la Superintendencia de Bancos, que conocía meses atrás lo que sucedía con el Banco de Préstamos».⁹

De la información existente se desprende que mediante Memorando INBGF-980723, dirigido por el economista Jaime Freire Hidalgo, Intendente General de Bancos, al doctor Jorge Egas Peña, superintendente de Bancos, reportándole sobre el informe de Auditoría Especial instrumentado mediante Memorando interno No. INBGF-98-591, aparece que «con fecha 19 de mayo de 1998, el Banco de Préstamos vendió documentos al Banco Continental por un valor de 1.686.556 de dólares y de 6.757.918.780 sucres y que de la revisión a los registros contables en el rubro de inversiones del Banco de Préstamos al 24 de agosto de 1998, se ha determinado que la transacción antes referida no se encuentra contabilizada, como era obligación de la administración del banco».

En el mismo informe se hace constar que «el Subgerente de Comercio Exterior certificó que de los avales en moneda extranjera no constan en los libros del Banco de Préstamos las acreencias de Patricio Avellán, por 3.842.280 dólares, por lo que se concluye que al omitirse el registro contable de la transacción referida, los estados financieros del banco no reflejan la real situación de la entidad, a partir del 28 de mayo de 1998».

Así mismo, en el informe reservado a que nos hemos referido se dice que «el total de la deuda con compañías vinculadas ascendería a 57.400.000 dólares y 307.380 millones de sucres, sin considerar las inversiones que mantiene el banco en el cementerio CAMPOSANTO MONTEOLIVO, que a la fecha presenta un valor de 75.000.000 de dólares».¹⁰

En lo que tiene que ver con el Banco del Tungurahua, el 28 de diciembre de 1998, el doctor Guillermo Mosquera Soto, ministro fiscal subrogante, con oficio No. 03609 dirigido al doctor Jorge Egas Peña, superintendente de Bancos le solicita textualmente «información que juzgue usted pertinente y

9. Documento utilizado en la interpelación al superintendente de Bancos, Dr. Jorge Egas Peña.

10. Memorando No. INBGF-98-591, de fecha 24 de agosto de 1998.

que provocó la intervención de la Junta Bancaria, para proceder como el caso amerita, a tomar las acciones legales que se orienten a los intereses de la sociedad». El 13 de enero de 1999, es decir después de 17 días, ante el silencio del Superintendente de Bancos, el secretario general del Ministerio Público, Abg. Eduardo Guerrero, con oficio No. 03737, insiste en lo solicitado por el Ministro Fiscal subrogante y obtiene respuesta del Superintendente de Bancos recién el 4 de marzo de 1999, lo que demuestra que la Superintendencia poseía información sobre el estado de los negocios del Banco del Tungurahua y aún así, se negó a proporcionar la información a los organismos competentes, los que incluso tuvieron que insistirle para que esto ocurra, todo lo cual evidencia que el proceso de control, en lo que tiene que ver con la aplicación de sanciones, no se cumple satisfactoriamente.

En el caso Banco del Azuay podemos también encontrar deficiencias en el sistema de control, si tomamos en cuenta que el día domingo 17 de enero de 1999, mientras la administración del Banco del Azuay mediante boletín de prensa anunciaba que el lunes 18 de enero el banco no abriría sus puertas, el Superintendente de Bancos en declaraciones formuladas al diario *El Comercio* afirmaba textualmente: «No existe ningún banco en problemas y reuniré a la AGD, aunque no para tratar el tema específico de un nuevo banco que haya entrado en proceso de saneamiento», lo cual demuestra que el Superintendente no conocía la situación del Banco del Azuay o si la conocía, no la dio a conocer a la ciudadanía ni aplicó o pidió la aplicación de las sanciones que correspondían.

Como corolario de este caso, el Superintendente de Bancos, mediante oficio No. SB-99-085, de fecha 9 de febrero de 1999 dirigido al Ministro Fiscal Subrogante, reconoce que el órgano de control a su cargo tenía conocimiento del exceso de créditos vinculados existente en el Banco del Azuay, así como de las deficiencias en los índices de liquidez y encaje bancario, desde septiembre de 1998, sin embargo de lo cual, es recién en febrero de 1999, cuando los pone en conocimiento del Ministerio Público y ni siquiera por su propia iniciativa, sino como en el caso del Banco del Tungurahua, por requerimiento del Ministerio Fiscal.

Todo lo antes expuesto hace ver que el conflicto de intereses a que nos referíamos ha determinado que en más de una ocasión, el control desplegado por la Superintendencia de Bancos ha quedado en nada, puesto que el proceso no ha concluido con la correspondiente imposición de sanciones o inicio de juicios penales en contra de las administraciones bancarias.

Conviene ahora referirse a los parámetros de control internacionalmente reconocidos y que constan básicamente en las recomendaciones proporcionadas en un documento llamado «Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva», del Comité de Basilea para la Supervisión

Bancaria, que surge de un comunicado emitido en la clausura de la Cumbre del G-7 en Lyon, en junio de 1996 en la que se exhorta a varios organismos oficiales como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Banco de Pagos Internacionales para la conformación del referido Comité, el que ha trabajado en esta área durante muchos años y ha preparado dos documentos para su divulgación, el primero, un conjunto de Principios Básicos par la supervisión bancaria efectiva (Principios Básicos de Basilea) y el segundo, un Compendio de recomendaciones, guías y estándares ya existentes del Comité de Basilea, los mismos que deben ser actualizados de manera periódica y que en su mayoría son tomados en cuenta en el documento de los Principios Básicos. Ambos documentos fueron aprobados por los gobernadores de los Bancos Centrales del G-10 y fueron sometidos a consideración de los ministros de Finanzas del G-7 y G-10, para la cumbre de Denver de junio de 1997, esperando que puedan constituir un mecanismo útil para fortalecer la estabilidad financiera de todos los países. Para desarrollar estos principios, el Comité de Basilea ha trabajado de manera permanente con autoridades supervisoras no pertenecientes al G-10. El documento ha sido preparado por un grupo de representantes del Comité de Basilea y de Chile, China, República Checa, Hong Kong, México, Rusia y Tailandia.

Los Principios Básicos de Basilea comprenden veinticinco reglas que deben establecerse para que un sistema de supervisión sea efectivo y se dividen de la siguiente forma:

- Precondiciones para una supervisión bancaria efectiva (Principio 1)
- Otorgamiento de licencias y estructura (Principios 2 al 5)
- Normativas y requerimientos prudenciales (Principios 6 al 15)
- Métodos para la supervisión bancaria en marcha (Principios 16 al 20)
- Requerimientos de información (Principio 21)
- Poderes formales de los supervisores (Principio 22)
- Banca transfronteriza (Principios 23 al 25)

De la revisión de cada uno de estos Principios se infiere que en términos generales, la legislación ecuatoriana los recoge en sus diferentes disposiciones, salvo en lo que tiene que ver con la combinación de inspecciones *in situ* y *extra situ* que se recomienda en el Principio 16, lo que da a entender que la deficiencia no es legal sino operativa para aplicar los controles particulares y adecuarlos a la filosofía de estos Principios y aún más, en varias ocasiones los equipos técnicos de auditoria han efectuado sus exámenes siguiendo una correcta técnica de inspección, han reportado sus novedades, pero no ha existido la suficiente disposición por parte de las autoridades bancarias para aplicar los correctivos que han sido necesarios.

De lo expuesto se concluye que la debilidad del control bancario radica en la falta de decisión de las autoridades para aplicar correctivos e impo-

ner sanciones, lo cual es consecuencia directa del conflicto de intereses al que nos referimos antes, por lo que se hace necesario capacitar en debida forma a profesionales, que bien pueden ser de carrera de la propia Superintendencia de Bancos, a efectos de que se garantice el nombramiento de autoridades independientes y que no sean susceptibles a ningún tipo de presión política ni económica de los grupos de poder afincados en la banca.

En lo que tiene relación con aspectos de naturaleza técnica, es necesario que la supervisión bancaria propenda a una verdadera homologación de los índices financieros, principalmente de liquidez, solvencia, eficiencia y rentabilidad, que permita al organismo de control evaluar uniformemente a las diferentes instituciones y hacer pública la información de dichos índices, así como la explicación de cómo interpretarlos para que el público conozca la posición financiera y de mercado de los diferentes bancos y de esta manera decidan responsablemente dónde han de invertir sus recursos, todo lo cual abonaría a una formación de lo que últimamente se ha dado en llamar «cultura financiera». De la misma forma, es necesario que la supervisión bancaria no se limite a la verificación cuantitativa de índices financieros o de la relación patrimonial adecuada (patrimonio técnico constituido y patrimonio técnico requerido), sino que se oriente a evaluar cualitativamente los sistemas de control interno, los programas operativos y fundamentalmente la programación gerencial, sustentada en una calificación de la idoneidad técnica, profesional y ética de los administradores bancarios, especialmente representantes legales y miembros de los directorios, para de esta manera garantizar una actitud transparente por parte de los niveles de decisión.

Es así mismo fundamental que se homologuen los sistemas de verificación y categorización de las instituciones, pues mientras los bancos utilizan el denominado índice Camel, que es una clasificación individual de cinco grupos de indicadores y un global, la Superintendencia de Bancos utiliza en cambio el llamado índice Macro, que se relaciona con índices de manejo o gestión, calidad de activos, suficiencia de capital, riesgos de liquidez, rentabilidad y resultados operativos. Según funcionarios de la propia Superintendencia de Bancos, el índice Camel es aplicable en países como Estados Unidos de Norteamérica y el índice Macro es en cambio adaptado al sistema financiero ecuatoriano. Esto por supuesto es posible hacerse en forma reglamentaria, sin que para ello se requieran reformas legales, razón por la que se vuelve responsabilidad del organismo de control efectuar todas estas correcciones, so pena de volver a enfrentar crisis que pueden representar mayores costos fiscales o incluso desembocar en estallidos sociales de inimaginables consecuencias.

Por último consideramos necesario reproducir algunos criterios vertidos por la prensa nacional que sustentan el criterio generalizado de las defi-

ciencias existentes en el sistema de control vigente y de las responsabilidades de la Superintendencia de Bancos en la última crisis:

Una vez más se ha demostrado que las autoridades de control no han podido o no han querido ejercer sus funciones a tiempo. La Superintendencia de Bancos debe ser autónoma y no recibir presiones políticas, legales y económicas que al parecer se ejercen al momento.¹¹

La concentración de créditos de la familia Peñafiel la sabía todo el Ecuador menos la Superintendencia de Bancos que no hizo nada a tiempo para proteger a decenas de miles de depositantes y ahorristas.¹²

En el ámbito bancario las cosas se han precipitado, pero yo diría que es un mal crónico de deficiencia de supervisión. Los antecedentes se presentan en 1994, cuando se libera el mercado financiero. El problema fue que esa liberalización no fue aparejada con un fortalecimiento de los mecanismos de regulación y supervisión, formándose así una mezcla explosiva. Ese problema no se corrigió ni se lo tomó en cuenta, por lo que era más difícil percibirlo.¹³

3. INEFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA E INEFICIENCIA LEGISLATIVA

La ineficacia de la administración de justicia constituyó, al igual que la crisis financiera internacional, una causa mediata para la eclosión de la crisis, pero sus implicaciones son mucho más difusas y dicen relación con muchos otros aspectos colaterales, que dada su propia naturaleza, son más difíciles de demostrar, pero no por eso dejan de estar presentes y constituyen una verdad incontrastable, que absolutamente todos los sectores y medios de comunicación denunciaron y criticaron permanentemente, pero que se ha convertido en uno de los problemas que jamás se llegan a resolver en el país, a pesar de que existe un discurso inveterado y cansino sobre planes piloto y proyectos de reforma a la Función Judicial y a los mecanismos de tramitación y despacho de las causas que en ella se ventilan, sin que hasta la fecha dichos programas hayan conseguido los resultados esperados y por el contrario, se ha acentuado el anacronismo, ineficacia y corrupción, de todo el sistema y particularmente de buena parte de los funcionarios judiciales, en los que se ha

11. Diario *Hoy*, p. A2, 1 de septiembre de 1998, editorial de Roque Espinosa.

12. Diario *Hoy*, p. A4, 4 de septiembre de 1998, editorial de Jorge Ortíz.

13. Revista *Gestión*, No. 60, edición de junio de 1999, entrevista efectuada a Luis Jácome, ex presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, p. 33.

vuelto una constante la prepotencia, indolencia, burocratismo y desconocimiento de la importancia de su función.

Esta situación ha producido que en el Ecuador la delincuencia sea el mejor negocio, el más cómodo y lucrativo, puesto que los infractores gozan absolutamente de todas las garantías y la Función Judicial además pone su cuota para que los tortuosos procesos penales se anquilosen todavía más y sean susceptibles absolutamente a todos los ardides que los abogados inescrupulosos ponen de por medio para impedir la que debería ser una acción eficiente y oportuna de la justicia, para castigar o absolver y conseguir de esta manera que la pena cumpla con su función de prevención general y especial y que el debido proceso garantice en forma oportuna que se haga patente la verdad procesal.

El sistema penitenciario actual se ha preocupado solamente de la benignidad con el delincuente, dejando de lado la intensidad y eficacia que como lógica contrapartida debería tener el proceso de rehabilitación; es así que aparte de la consideración especial que se pone al momento de dictar sentencia en las circunstancias atenuantes, se han expedido disposiciones como el famoso «dos por uno», rebajas por buena conducta, pre libertad, libertad controlada y últimamente, la disposición constitucional que garantiza la imposibilidad de que los reclusos permanezcan sin sentencia por más de seis meses, en caso de delitos reprimidos con prisión y de un año, en el de aquellos reprimidos con reclusión, todo lo cual ciertamente es bueno si se considera que ni el endurecimiento de penas ni la amenaza e intimidación constituyen métodos adecuados de prevención del delito, ni causas de reducción de la delincuencia, peor aún formas de rehabilitación y reinserción social adecuadas; sino por el contrario, incrementan la violencia y conflictividad sociales; sin embargo, una excesiva flexibilización de la política penitenciaria que no esté respaldada por adecuados métodos de rehabilitación, únicamente genera más caos y desorden social e institucional, comprometiendo lamentablemente la seguridad pública y jurídica de los ciudadanos, que ven cada día con más alarma la amenaza creciente que se cierne en torno a sus propiedades y aún a sus personas, dado el incremento de la perversidad y ensañamiento con que los delincuentes actualmente proceden.

La falta de credibilidad en la Administración de Justicia ha provocado en primer lugar que la sociedad ecuatoriana se sumerja en una anomia y abulia de graves consecuencias, que acrecenta aún más el escepticismo ciudadano; y en segundo lugar, que los delincuentes y en el caso que nos ocupa, los delincuentes de cuello blanco, ya ni siquiera consideren como un riesgo la posibilidad de ser descubiertos y enjuiciados, sino que por el contrario y nuevamente en el caso particular de los delitos bancarios, con su influencia económica y política se pretendan intocables, impunes y se encuentren plena-

mente convencidos de que sus actos dolosos jamás serán declarados como tales ni castigados por las autoridades competentes, todo lo cual ha generado en ellos una sensación de omnipotencia que refiriéndonos a los casos específicos acontecidos durante la crisis financiera de 1998, los condujo a violentar sin el menor resquicio las disposiciones legales y reglamentarias, cuando esto convenía a sus intereses particulares expresados en sus empresas vinculadas o cuando esperaban que se incrementen en forma substancial las utilidades de la institución financiera que administraban o de que eran accionistas.

No podemos dejar de reconocer que los limitados recursos de que dispone la Administración de Justicia, tanto económicos, cuanto humanos y de infraestructura, impiden el pronto despacho y resolución de las causas, que año a año se incrementan y pasan a engrosar el que es de por sí ya grande número de juicios sin resolver y de presos sin sentencia. La ineficacia de la Función Judicial se puso de manifiesto en la crisis de 1998 por ejemplo en el hecho de que casi ningún Juzgado o Tribunal contaba con una computadora y de que los procesos aún se cosían (y todavía se lo hace) con aguja e hilo y se folian como en la antigüedad, prácticas que en caso de ser reemplazadas por la automatización, simplificaría el trabajo innecesario de los funcionarios judiciales y permitiría que su tiempo se emplee en el despacho de las causas.

Debe también reconocerse que el número de causas que ingresan diariamente a los Juzgados es de tal magnitud, que ni las mejores intenciones ni la mayor dedicación de los Jueces serían suficientes para resolver con la celeridad deseable todos los juicios, lo que de por sí demuestra que la falla no está solamente en la gestión de los funcionarios judiciales, sino también en la estructura del sistema de administración de justicia, que con la implementación de la oralidad va de a poco encontrando nuevos derroteros, aunque igualmente, nuevos problemas que revelan nuevas falencias.

Estadísticas proporcionadas por la Unidad de Presos sin Sentencia de la Corte Suprema de Justicia determinan que anualmente ingresen a cada Juzgado Penal un promedio de cuatro mil causas, lo que sin duda excede toda capacidad de atención por parte de los jueces, pues según reflexión de uno de los Vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, si los jueces dictasen una sentencia diaria, apenas alcanzarían a resolver trescientos sesenta y cinco juicios, sin contar con aquellos que se encuentran paralizados de años atrás.

Así mismo, de datos proporcionados por la misma fuente, se establece que con fecha de corte a 18 de agosto de 1999, del total de procesos penales que se encuentran con detenidos, apenas 4.044 juicios penales se encuentran con sentencia (sin considerar cuánto tiempo ha debido transcurrir hasta que se dicte la sentencia), de los cuales 38 corresponden a sentencias absolutorias y 4.006 a sentencias condenatorias. Esto si se compara con la población carcelaria existente, da como resultado un porcentaje de presos sin sentencia del

cincuenta y siete por ciento de la misma (considerando las sentencias dictadas en años anteriores, puesto que la estadística referida en líneas anteriores corresponde solo al presente).

A la fecha de la perpetración de las infracciones bancarias y principalmente del Peculado Bancario, existía ciertamente muy poca información y menos aún capacitación de jueces y fiscales, dado que la materia bancaria es especializada y el derecho penal que debe juzgar las infracciones nacidas de esta actividad requiere igualmente especialización; falencias que motivaron un altísimo nivel de errores en los procesos penales, pero no solamente ha contado la falta de capacitación de los funcionarios judiciales y también de los abogados, sino que debe tenerse en cuenta también el grado de sensibilidad que supone el juzgamiento de estas infracciones, teniendo presente la magnitud de los intereses en juego y la capacidad económica y de influencia política a que son susceptibles. De ahí que no resulte extraño que muchos procesos hayan iniciado por el Delito de Peculado Bancario y que las conductas cometidas cuadren perfectamente en este tipo penal, pero que en sus distintas fases han sido cambiados por otra clase de delitos previstos en la misma Ley General de Instituciones Financieras, que contienen penas definitivamente menos graves y en su mayoría que son reprimidos solamente con prisión, llegando incluso a ser tan alarmantes que han supuesto la destitución de los jueces que así han procedido y hasta su enjuiciamiento penal.

No han dejado de existir por supuesto los fallos que han desconocido la existencia del delito de Peculado Bancario hasta antes de la reforma de 1999, fallos que se han inspirado en las razones que ampliamente se han comentado a lo largo de este trabajo y que en estricta justicia hace que además de la ineficacia de la administración de justicia, exista también como característica de la crisis financiera de 1998 la insuficiencia legislativa.

Seis años han transcurrido ya y ha existido la suficiente producción casuística como para conseguir una mejor forma de administrar justicia. Se ha creado una unidad especializada en el Ministerio Público y la mayoría de procesos penales se encuentran para conocimiento de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se aspira que la contundencia pero la ponderación de la ley se aplique con prescindencia de otro tipo de factores y que las incorrecciones de los inferiores sean superadas en aras de la anhelada seguridad jurídica, a riesgo de que la estabilidad misma y la permanencia en sus funciones de los operadores de justicia se vea amenazada cuando de fallos en esta materia se trata; tal como se pudo apreciar en los ya tristemente célebres y pintorescos casos ocurridos durante la gestión de la que se dio en llama «pichi corte».

De otra parte, no debe perderse de vista que en no pocas ocasiones los operadores de justicia son utilizados como instrumentos de rencillas persona-

les, políticas o como medios para eliminar la competencia económica y que al servicio de tan deleznable fines, figuras penales como el Peculado en General o el Peculado Bancario estudiado a lo largo del presente trabajo, pueden convertirse en verdaderos dogales sobre las vidas de las víctimas de la judicialización de la política o del sicariato judicial, habida cuenta de que estas infracciones son imprescriptibles, que pueden juzgarse en ausencia y que además inhabilitan completamente el ejercicio de cualquier función o cargo público, de por vida; caracteres todos estos que deberán ser analizados nuevamente a la luz de la ponderación, pero fundamentalmente del debate académico.

Conclusiones

1. El Delito de Peculado Bancario ha sido asimilado en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, a los caracteres típicos generales del Delito de Peculado, que por su naturaleza se ubica dentro de los Delitos contra la Administración Pública.

2. La asimilación del Peculado Bancario al Peculado General implica una contradicción con los presupuestos doctrinarios del Derecho Penal Económico, que se ocupa de los Delitos contra el Bien Jurídico denominado «Orden Económico y Social».

3. La misma asimilación del Peculado Bancario al Peculado General determinó que respecto de los hechos ocurridos durante la crisis financiera de 1998 se cuestione e imposibilite su aplicación efectiva a los juicios penales bancarios iniciados.

4. La normativa existente hasta 1999 resulta ambigua respecto de la aplicación del Peculado Bancario a los juicios que resultaron de la crisis financiera de 1998, razón por la que la Administración de Justicia ha encontrado dificultades en dicha aplicación.

5. En el año 1999 se aprobó una reforma que pretendió aclarar los elementos típicos del Peculado Bancario, pero que fue apresurada y antitécnica, con lo que se consiguió ahondar más la discrepancia acerca de la aplicación del Peculado Bancario a los juicios iniciados luego de la crisis de 1998.

6. Resulta indispensable emprender en una reforma legal que confiera una regulación adecuada a los «Delitos Económicos» y dentro de ellos, al Peculado Bancario, para armonizar la legislación nacional con los postulados teóricos en esta materia y con la legislación comparada existente.

7. La reforma legal debe necesariamente consolidar en un solo cuerpo legal, que no puede ser otro que el Código Penal, a todas las normas penales dispersas que actualmente existen en diferentes cuerpos normativos que regulan la actividad económica.

8. El Peculado Bancario debe incluirse dentro de un capítulo destinado al tratamiento de los «Delitos contra el Sistema Financiero», que a su vez debería formar parte del Título denominado «Delitos contra el Orden

Económico y Social», que se sugiere incluir a continuación del Título V del Libro II del Código Penal.

9. Resulta evidente que han existido «razones extra normativas» que también han conspirado contra la aplicación del Peculado Bancario a los juicios penales iniciados luego de la crisis de 1998.

Bibliografía

- Alarcón Gutiérrez, Ricardo, *Crisis y recuperación de la banca privada en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1987.
- Bacigalupo, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.
- Bajo Fernández, Miguel, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1998.
- Barguil Flores, Nicolás, *Consideraciones sobre la capitalización de establecimientos de crédito*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 1985.
- Barrera Domínguez, Humberto, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1963.
- Calvachi Cruz, Reinaldo, «El peculado bancario», en revista *Juris Dictio*, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año III, No. 6.
- Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988.
- De la Rúa, Jorge, «Los delitos económicos», en *Doctrina Penal*, año III, Buenos Aires, 1980.
- Gestión*, revista económica, Nos. 78, de diciembre de 2000; 80, de febrero de 2001; 82, de abril de 2001; 84, de junio de 2001; 89, de noviembre de 2001; 90, de diciembre de 2001; 91, de enero de 2002; 92, de febrero de 2002; 97, de julio de 2002; y, 100, de octubre de 2002.
- Hernández Quintero, Hernando, *Los delitos contra el sistema financiero en el nuevo Código Penal*, Bogotá DC, Gustavo Ibáñez Ltda., 2003.
- Márquez Piñero, Rafael, *Delitos bancarios*, México, Porrúa, 2002.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- *Derecho Penal Económico. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Martos Muñoz, Juan Antonio, *Derecho Penal Económico*, Madrid, Montecorvo, 1987.
- Ortega, Máximo, y Aída Palacios, *La criminalidad económica*, Cuenca, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 2000.
- Pagano, José León, *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- Pico Mantilla, Galo, *Juicios bancarios y otros casos de fuero*, Quito, Corte Suprema de Justicia, 2003.
- Quintero, Jesús, *Los delitos bancarios y seis ensayos hermenéuticos*, Caracas, Paredes Editores, 1997.
- Quintero, Jesús Ramón, «Los delitos financieros», en varios autores, *Los delitos económicos*, Caracas, Vadell Hermanos, 1996.

- Raza Castañeda, Stalin, «Los delitos bancarios en el Ecuador: causas, consecuencias y aspectos relevantes desde los puntos de vista sustantivo y procesal», tesis doctoral, Universidad Central del Ecuador, Quito, noviembre de 1999.
- Righi, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.
- Ruiz Rengifo, Hoover Wadith, *Criminalidad organizada y delincuencia económica*, Santa Fe de Bogotá, Gustavo Ibáñez Ltda., 2002.
- Telles Ulloa, Marco, *El enjuiciamiento mercantil mexicano*, México DF, Ed. Mexicana, 1973.
- Tiedemann, Klaus, «El concepto de delito económico y de derecho penal económico», en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, Buenos Aires, 1975.
- *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993.
- Viladas Jene, Charles, «La delincuencia económica», en *El pensamiento criminológico II*, Bogotá, Temis, 1983.

ANEXO

Control de casos

<i>Inst. financiera</i>	<i>Excitativa fiscal</i>	<i>Auto cabeza de proceso</i>	<i>Judicatura</i>	<i>Tipo delito</i>
AMERCA SOCIEDAD FINANCIERA	3 julio 1998	23 julio 1998	15 Penal de Pichincha	Giro de cheques sin provisión de fondos. Art. 72 LGISF. Exceso en límites de crédito. Reconocimiento de obligaciones inexistentes a través de emisión de pagarés. Art. 131. Ocultamiento de información.
FINIVER SO- CIEDAD FI- NANCIERA	28 sept. 1999		8 Penal Pichincha	Art. 131 LGISF. Ocultamiento Registros Contables.
LA PREVI- SORA	8 feb. 2000		10 Penal Pichincha	Art. 134 LGISF. Disminución de activos y aumento de pasivos. Arts. 257, 363 inciso 3 Código Penal por casos: MERCASUR-CRÉDITOS BANCO CENTRAL; INTERMIL-PREVISORA; PRESTAMOS SUBORDINADOS, PRESTAMOS DE LIQUIDEZ-CFN; PREVISORA-NEWHAVEN MANAGMENT; PREVISORA-BIENES BANCO CENTRAL <i>Peculado Bancario.</i>
SOCIEDAD FINANCIERA PRINCIPAL		5 agosto 1998	15 Penal Pichincha	Art. 134 literales c), d), e) LGISF. Art. 131 literales a), b) y c) LGISF.
BANCO UNIÓN	24 agosto 1999	30 agosto 1999	15 Penal Guayas	Art. 131 LGISF. Disposición arbitraria de bienes en custodia por \$ 8.420.000. Atentado contra la Fe Pública.

<i>Inst. financiera</i>	<i>Excitativa fiscal</i>	<i>Auto cabeza de proceso</i>	<i>Judicatura</i>	<i>Tipo delito</i>
BANCO AGRÍCOLA Y DE COMERCIO EXTERIOR (BANCOMEX)	28 sept. 1999	30 sept. 1999	10 Penal Pichincha	Retención indebida de recursos a devolver a la CFN.
SOCIEDAD FINANCIERA ALFA S.A.	3 marzo 2000	10 marzo 2000	3 Penal Pichincha	Art. 146 LGISF. Simulación de Patrimonio Técnico.
AMAZONAS CÍA. DE SEGUROS	21 oct. 1999	4 nov. 1999	3 Penal Guayas	Retención de valores IVA y no pago al Fisco.
BANCO DE PRESTAMOS		10 sept. 1999	1 Penal Pichincha	Art. 134 literal h) LGISF. Liquidación Forzosa. Exceso de créditos sobre límites arts. 72, 73 y 74 LGISF.
SOCIEDAD FINANCIERA UNO	26 marzo 1999	21 abril 1999	3 Penal Guayas	Art. 134 literales a), e), f), j) LGISF. Liquidación Forzosa.
FILANBANCO	16 junio 2000	26 junio 2000	Presidencia Corte Suprema	Art. 257 y 363 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> . Art. 131 LGISF.
SOCIEDAD FINANCIERA VALORFINSA				Art. 150 numeral 1) LGISF.
BANCO DEL AZUAY	23 abril 1999	26 abril 1999	1 Penal Azuay	Arts. 128, 131, 134 LGISF. Art. 257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
BANCO POPULAR FONDO VISIÓN	26 enero 2000	4 feb. 2000	5 Penal Pichincha	Art. 131 literales a), b) y d) LGISF. Art. 134 literal g) y LGISF.
SOLBANCO		3 dic. 1999	4 Penal Guayas	Art. 576 Código Penal. Quiebra Fraudulenta. Art. 134 literal h) LGISF.
BANCO CONTINENTAL		12 dic. 1996	Presidencia Corte Suprema	Art. 128 literal b), en concordancia art. 131 LGISF. Art. 135 LGISF. Art. 339, 341 Código Penal. Piramidación de Capitales. Art. 257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .

<i>Inst. financiera</i>	<i>Excitativa fiscal</i>	<i>Auto cabeza de proceso</i>	<i>Judicatura</i>	<i>Tipo delito</i>
BANCO DE CRÉDITO	16 mayo 2000	25 mayo 2000	14 Penal Guayas	Art. 131 literales a), b), c) y d) LGISF.
BANCO DEL TUNGURAHUA		7 abril 2000	20 Penal Guayas	Arts. 338, 354, 355, 368 Código Penal. Art. 257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> . Art. 131 literal d) LGISF. Art. 12 Ley de Contadores.
ECUACAMBIO SOCIEDAD FINANCIERA		17 abril 2000	4 Penal Guayas	Captación ilegal de dineros del público. Art. 121 LGISF.
BANCO MERCANTIL UNIDO	6 sept. 1999	8 sept. 1999	14 Penal Guayas 1 Penal Guayas	Art. 134 literal j) LGISF.
BANCO DEL PACÍFICO		19 julio 2000	9 Penal Pichincha	257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
BANCO COFIEC		7 mayo 2001	1 Penal Pichincha 9 Penal Pichincha	121 LGISF. 563 Y 257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
BANCO POPULAR FONDO VISIÓN		28 nov. 2000	7 Penal Pichincha	364 Código Penal.
BANCO PACÍFICO	4 oct. 2001 Inst. Fiscal	10 oct. 2001 Inic. Inst. Fiscal	Presidencia Corte Suprema	257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
BANCO DE PRÉSTAMOS		19 sept. 2000	Tribunal Penal Segundo Pichincha	257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
BANCO DEL PROGRESO		13 marzo 2000	Tribunal Penal Tercero Pichincha	257 Código Penal. <i>Peculado Bancario</i> .
<p>Nota: Ha existido dificultad para la obtención de datos. Actualmente se ha conformado una comisión de la Corte Suprema de Justicia, que incluso a la fecha de elaboración del presente anexo no cuenta con la información y documentación completa de los juicios bancarios que se han instaurado a partir de la crisis financiera de 1998.</p> <p>Fuentes: Ministerio Público del Ecuador, Superintendencia de Bancos y Seguros, Corte Suprema de Justicia.</p>				

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica internacional autónoma. Se dedica a la enseñanza superior, la investigación y la prestación de servicios, especialmente para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. La universidad es un centro académico destinado a fomentar el espíritu de integración dentro de la Comunidad Andina, y a promover las relaciones y la cooperación con otros países de América Latina y el mundo.

Los objetivos fundamentales de la institución son: coadyuvar al proceso de integración andina desde la perspectiva científica, académica y cultural; contribuir a la capacitación científica, técnica y profesional de recursos humanos en los países andinos; fomentar y difundir los valores culturales que expresen los ideales y las tradiciones nacionales y andinas de los pueblos de la subregión; y, prestar servicios a las universidades, instituciones, gobiernos, unidades productivas y comunidad andina en general, a través de la transferencia de conocimientos científicos, tecnológicos y culturales.

La universidad fue creada por el Parlamento Andino en 1985. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, sedes nacionales en Quito y Caracas, y oficinas en La Paz y Bogotá.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. Ese año suscribió con el gobierno de la república el convenio de sede en que se reconoce su estatus de organismo académico internacional. También suscribió un convenio de cooperación con el Ministerio de Educación. En 1997, mediante ley, el Congreso incorporó plenamente a la universidad al sistema de educación superior del Ecuador, lo que fue ratificado por la Constitución vigente desde 1998.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional y proyección internacional a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Universidad Andina Simón Bolívar

Serie Magíster

- 66** Boris Barrera Crespo, EL DELITO TRIBUTARIO: elementos constitutivos y circunstancias modificadoras
- 67** María Cecilia Pérez, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CAN, PROPIEDAD INTELECTUAL Y SALUD PÚBLICA
- 68** Gisella Harb Muñoz, LA CONSTRUCCIÓN MEDIÁTICA DEL OTRO
- 69** Catalina Vélez Verdugo, LA INTERCULTURALIDAD EN LA EDUCACIÓN BÁSICA: reformas curriculares de Ecuador, Perú y Bolivia
- 70** Renata Loza, DOLORES VEINTIMILLA DE GALINDO: poesía y subjetividad femenina en el siglo XIX
- 71** Lucía Gallardo, EL NEGOCIO DEL VIH/SIDA: patentes farmacéuticas ¿para qué y para quién?
- 72** Julián Guamán, FEINE, LA ORGANIZACIÓN DE LOS INDÍGENAS EVANGÉLICOS EN ECUADOR
- 73** Tiberio Torres Rodas, LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD EN EL DERECHO TRIBUTARIO
- 74** Gladys Valencia Sala, EL CÍRCULO MODERNISTA ECUATORIANO: crítica y poesía
- 75** Carlos Quintana Orsini, LA CAPITALIZACIÓN BOLIVIANA (1994-2005)
- 76** Marco Flores González, LA PROTECCIÓN JURÍDICA PARA EL CACAO FINO Y DE AROMA DEL ECUADOR
- 77** Yeni Castro Peña, EL MITO ROOSEVELT PARA AMÉRICA LATINA (1901-1909)
- 78** Marco Rodríguez Ruiz, LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN ECUADOR
- 79** Rebeca Omaña Peñalosa, LA OEA EN VENEZUELA: entre la democracia y el golpe de Estado
- 80** Judith Salgado, LA REAPROPIACIÓN DEL CUERPO: derechos sexuales en Ecuador
- 81** Stalin Raza, EL PECULADO BANCARIO EN LA CRISIS FINANCIERA DE 1998

El presente estudio sobre el peculado bancario como figura del derecho penal económico y su relación con la crisis financiera ecuatoriana del año 1998 aborda un tema de trascendencia nacional que todavía se encuentra poco estudiado y que se produjo originalmente gracias a una tendencia de liberalización de los mercados y la actividad financiera en toda América Latina, cuyo fin era dismantelar los mecanismos de control estatal, consagrándose así una excesiva permisividad a las operaciones bancarias, cuyas consecuencias son por todos conocidas. Por estos excesos muchos «banqueros» fueron encausados penalmente, especialmente por el delito que conocemos como peculado bancario, cuya regulación incipiente dio lugar a una diversidad de interpretaciones en cuanto a su aplicación, entre las que se encontraron los resquicios necesarios para sancionar o absolver más de acuerdo a las conveniencias que a la aplicación estricta de la ley.

En este contexto, el presente trabajo analiza primero el peculado bancario en el Ecuador, a la luz de la doctrina, el derecho comparado y la historia de su establecimiento en nuestra legislación, para luego relacionarlo con las características de la crisis financiera y determinar su aplicabilidad a la misma, así como para sugerir los criterios de reforma que se consideran indispensables.



Stalin Raza Castañeda (Quito, 1975) es Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales (1998), y Doctor en Jurisprudencia y Abogado (2001); por la Universidad Central del Ecuador; y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, 2004). Se ha desempeñado como secretario de la Comisión de Fiscalización; secretario particular del Alcalde del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito; asesor del Congreso Nacional; asesor de la Agencia de Garantías y Depósitos; y asesor jurídico y procurador judicial de diferentes instituciones financieras. Actualmente se dedica al libre ejercicio profesional y la consultoría privada.