

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado
en Ecuador**

Francisco Xavier Vega Rivera

Tutor: José Charry Dávalos

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Francisco Xavier Vega Rivera, autor de la tesis titulada “La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 9 de julio de 2020

Firma:

Resumen

Esta tesis estudia la falta de aplicación del principio de lesividad en los delitos de peculado que se juzgan en el país. Los objetivos de esta investigación son, en primer lugar, establecer el nivel de uso y respeto que la administración de justicia hace del principio de lesividad en el juzgamiento de los delitos contra la Administración pública, específicamente los de peculado, a través de un caso práctico. En segundo lugar, analizar las fallas en los informes de indicios de responsabilidad penal que hace la Contraloría General del Estado, que determina la existencia del delito de peculado incluso la existencia de faltas administrativas, como se puede ver en el caso estudiado. Esto en el contexto del Estado garantista de derechos y justicia social que es el Ecuador según la Constitución de 2008.

Para hacer esta tesis se utilizaron varias técnicas de investigación, en primer lugar, se hizo uso de la indagación bibliográfica, se consultaron libros, secciones de libros, artículos de revistas; en segundo lugar, se apeló a la experiencia de haber estado presente como asistente del fiscal que llevaba el caso en el tiempo en el que se juzgaba; en tercer lugar, para completar los datos requeridos, se acudió al sistema de información en la red que puso a disposición de la ciudadanía el Consejo de la Judicatura, el e SATJE (Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano).

Como resultado de esta investigación se llega a establecer que la administración de justicia encontró que el encausado no cometió el delito de peculado del que se le acusaba, ya que en ningún momento hubo un aprovechamiento de los bienes o recursos financieros del Estado ni para sí mismo ni para terceros. El juez dictaminó la absolución. Entre las conclusiones a las que ha arribado esta investigación se puede mencionar que la tipificación del delito de peculado en la normativa nacional se presta a interpretaciones radicales de los juzgadores de justicia, y que no toma en cuenta en su desarrollo el principio de lesividad.

Palabras clave: Derecho penal, principio de lesividad, peculado, Estado de derecho

Dedicatoria

Quiero dedicar esta tesis a Dios, a mi esposa y a mis hijos, quienes han sido el pilar fundamental en mi preparación académica. A ellos les debo este paso importante en mi vida.

Agradecimiento

Quiero agradecer la guía brindada por mi tutor, el abogado José Charry Dávalos, quien con sus enseñanzas me ha permitido conocer a profundidad de los delitos contra la Administración pública y comprender cómo los abusos del poder estatal pueden derivar en injusticias en un proceso penal.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero.....	15
Aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado	15
1. El principio de lesividad	17
2. Principios limitadores del derecho penal	25
2.1. Principio de mínima intervención penal	25
2.2. Principio de proporcionalidad.....	31
3. El juicio de lesividad en el derecho penal	37
3.1. Verificación del bien jurídico protegido	40
3.2. Verificación del principio de legalidad.....	47
3.3. El principio de proporcionalidad en el juicio de lesividad	50
3.4. El principio de igualdad en el juicio de lesividad	51
4. El delito de peculado	60
5. Formas de peculado	66
5.1. Peculado impropio	66
5.2. Peculado propio	67
5.3. Peculado por aplicación oficial diferente.....	70
5.4. Peculado por sustracción o apropiación.....	71
6. La acción en el delito de peculado.....	72
7. Filtros previos al delito de peculado	76
Capítulo segundo	81
Dosificación del principio de lesividad en el delito de peculado	81
1. La medición y la cuantificación del daño causado por la intervención del aparataje estatal	81
2. Soluciones prácticas al delito de peculado a través del principio de lesividad	85
3. Bien jurídico protegido dentro de la ponderación	88
4. Análisis de la <i>última ratio</i>	90
5. Estudio comparativo del tratamiento del delito de peculado en las normas penales de Colombia y Ecuador	95

6. El reintegro y su relación con el delito de peculado	100
Capítulo tercero	105
Análisis de un caso práctico relacionado con la aplicación del principio de lesividad	105
1. Análisis del caso GPS de Ricardo Antón Khairalla versus Contraloría General del Estado.....	105
1.1. Antecedentes del caso en cuestión.....	106
2. Informe de la Contraloría.....	108
3. Actuación de fiscalía.....	109
4. Análisis personal del caso.....	110
Conclusiones.....	113
Bibliografía.....	119

Introducción

La presente tesis tiene como objeto la investigación de la aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador. Se decidió por este tema debido a que en la actualidad las investigaciones realizadas por los órganos de control que supervigilan el supuesto abuso de los fondos públicos están encaminados a las verificaciones de un indebido proceso de contratación pública, más no a la verificación real de la existencia de un perjuicio económico que ocasione un daño comprobable al Estado.

Por estos procesos, que son tendientes a incrementar un sistema punitivo del Estado de forma innecesaria, es menester analizar una forma de investigación que se lleve a cabo apegada a los principios de oportunidad y de mínima intervención penal como límites del poder punitivo. De esta manera, una investigación penal no será viable cuando el conflicto puede ser resuelto en un ámbito administrativo. Para evidenciar el problema y la importancia del objeto de estudio, se analizará un caso concreto denominado como el caso “GPS Ricardo Antón”.

A través de esta investigación se mostrará cómo con la correcta aplicación del principio de lesividad se podría beneficiar en la solución pronta de casos, donde se lleve hasta los tribunales de justicia penales, solo los casos en los cuales exista un perjuicio real económico que no pueda ser subsanado. De esta forma, se evidenciará que la lesividad sí constituye un elemento doloso del delito de peculado para perjudicar el dinero de los ecuatorianos.

Para cumplir con los objetivos propuestos, se dividió el texto en tres capítulos. En el primer capítulo se trata la aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado, del que se hace una definición desde varios autores; también se analizan en este mismo capítulo los principios que funcionan como limitadores del derecho penal, estos son el de mínima intervención penal y el de proporcionalidad. En tercer lugar, se estudia el juicio de lesividad en el derecho penal, se verifica cuál es el bien jurídico protegido y el principio de legalidad en el derecho penal. Las nociones de delito de peculado, su clasificación y su tipificación también se estudian en esta parte.

En el segundo capítulo se afronta la dosificación del principio de lesividad en el trato que da la administración de justicia al delito de peculado, para lo que se estudia la medición y la cuantificación del daño que ocasiona una apresurada intervención del aparataje estatal, así como las posibles soluciones que podría tener el tratamiento del

delito de peculado mediante el uso sin restricciones del principio de lesividad. Otro tema que es pertinente revisar a propósito del uso del principio de lesividad en el delito de peculado es el bien jurídico, analizado desde la ponderación. Por último, se estudia el peculado dentro de los postulados de la *última ratio*.

El último capítulo se ocupa del caso práctico, en el que se puede estudiar la falta de la aplicación del principio de lesividad por parte de la administración de justicia del país y de los órganos controladores de la nación. El caso elegido para llevar a cabo este objetivo es el llamado “GPS de Ricardo Antón Khairalla versus Contraloría General del Estado. Los resultados han permitido diagnosticar fallas en la normativa que tipifica el peculado y en el juzgamiento de este delito.

Capítulo primero

Aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado

La Revolución francesa de 1779 significó el nacimiento de la República como forma de organización de las sociedades, la que se fundamenta en los principios democráticos de soberanía, representación, participación popular e independencia de poderes.

Los ideales democráticos y republicanos tienen un origen contractualista, puesto que los ciudadanos libres, según Beccaria, “se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”.¹ El costo de este contrato equivalía a sacrificar una parte de su libertad, la del estado de naturaleza, en palabras de Locke: “Y es este un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”.² El estado de naturaleza era también de igualdad, una situación en la que nadie estaba bajo subordinación de nadie, por lo menos no la mayoría de ellos, puesto que había en esas sociedades pre estatales un señor que mandaba en la tribu o asociación.

A decir de Beccaria, convinieron en que debían sacrificar una parte de esa libertad para disfrutar de la que les quedaba en una relativa tranquilidad. La suma de la libertad sacrificada de cada uno es lo que forma la soberanía de la nación, “y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular”.³

A se vez, Hobbes sostuvo sobre el pacto social que, el establecimiento de la asociación social suprema que es el Estado, tiene como “causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica”,⁴ lo que quiere decir que el fin primero del Estado es la seguridad de quienes forman parte de él, por lo menos del Estado primigenio.

¹ César Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Buenos Aires: Heliasta 1993), 58.

² John Locke, *Segundo tratado del gobierno civil* (Madrid: Alianza Editorial, 1994), 49.

³ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 58.

⁴ Thomas Hobbes, *Leviatán* (Madrid: Alianza Editorial, 2018), 205.

En este sentido, al soberano lo define Rousseau como a una multitud de personas reunidas en un solo organismo o cuerpo, cuyos miembros no pueden ser agraviados “sin que se ataque a todo el cuerpo, y aún menos ser ofendido el cuerpo sin que por ello se resientan los miembros. Así es como el deber y el interés obligan igualmente a las dos partes contratantes a prestarse ayuda mutuamente”⁵, siendo el Estado el responsable de garantizar los intereses de la colectividad y de cada persona que lo integra. Para esto, el Estado tiene amplias facultades para establecer los parámetros de convivencia, fijando las pautas, reglas y consecuencias que son necesarios para el respeto una adecuada vida en comunidad.

Así, a través de este pacto social y la necesidad de coexistencia, el Estado desarrolla el poder de castigar, el *ius puniendi*, para garantizar la convivencia entre los ciudadanos que han suscrito el contrato social, que en esta acción ceden parte de sus libertades a una administración superior para que les proteja de quienes pretendan usurpar esas mismas libertades mediante la violencia u otros métodos no permitidos por la norma. Esa libertad a la que se referían los antiguos autores es lo que la moderna ciencia del derecho ha denominado bien jurídico,⁶ es lo que protege el Derecho penal.

Aquella concepción fue también el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de lesividad (también llamado de ofensividad). Según considera Abanto Vásquez, “el ejercicio de *ius puniendi*, a través del Estado, solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos”.⁷ La tipificación de un delito, entonces, se debe a la necesidad de proteger la vida, la propiedad, las ideas originales, la salud, etc., por ello cada tipo penal protege un bien jurídico específico, el que es necesario identificar como lesionado para proceder a poner en marcha la maquinaria de la administración de justicia.

En este contexto, el delito de peculado, uno de los delitos contra la Administración pública, y uno de los problemas más frecuentes de la gestión de gobierno de las frágiles democracias de la región, puede ser afrontado por el derecho penal desde el paradigma del garantismo o desde el control social (estatal). En el primer caso desde el derecho penal mínimo, y en el segundo desde el derecho penal máximo. La legislación ecuatoriana lo

⁵ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Akal, 2017), 34.

⁶ “El concepto de bien jurídico es una creación del jurista alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien, durante la primera mitad del siglo XIX quería oponerse así a la concepción individualista de la ‘lesión de derechos’ de Paul Johann Anselm Feuerbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, uno que fuera independiente del mero concepto positivo”. Manuel Abanto Vásquez, “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista Penal*, n. ° 2 (2006): 3.

⁷ *Ibíd.*, 4.

trata de forma distinta a otras naciones con idéntica tradición jurídica, aquí se halla tipificado en el segundo modelo, ignorando el principio de lesividad, como el límite el poder punitivo del Estado.

1. El principio de lesividad

El principio de lesividad aparece ya desde la antigua Grecia, donde grandes pensadores como Aristóteles y Epicuro hacían referencia a la necesidad de que antes de aplicar el sistema punitivo penal era necesario observar el daño (o lesión) causado a terceros, es decir, a lo que la teoría actual denomina el bien jurídico.⁸

En el derecho moderno, el origen de la teoría encuentra importantes antecedentes en Birnbaum, quien en 1834 publica un artículo que se hizo célebre entre los conocedores, en el que exponía: “(...) de acuerdo con mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento en ello, relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien (...), es siempre el bien, no el derecho, el que se ve disminuido”.⁹

Aunque no habla explícitamente de bien jurídico, resulta indiscutible que fue este autor el primero que introdujo la noción de bien como objeto de tutela (bien material) en el derecho penal, y lo hizo “en contraposición con la doctrina de la Ilustración que veía en la dañosidad social y en la violación de derechos subjetivos (Rechtsverletzung) los fundamentos de la punición estatal. Los derechos, en cuanto tales, no pueden ser lesionados ni puestos en peligro. Exclusivamente el ‘bien’, en su ‘realidad existencial’ puede serlo”.¹⁰ Birnbaum llega a su tesis a partir del análisis de la teoría subjetivista de Feuerbach, de la que dice no lesiona derechos subjetivos sino bienes.¹¹

Fernández de Cevallos y Torres manifiesta que la teoría de Birnbaum da una noción trascendente de bien jurídico, debido a que los bienes se sitúan en la misma naturaleza de las cosas, es decir, no son creados por el derecho, son anteriores y preexisten antes que él, le han sido dados al ser humano por la Naturaleza o por la organización de

⁸ Orlando Muñoz Neira, “El pensamiento jurídico-penal en la filosofía clásica griega” (tesis de especialización, Universidad Libre, 2011), 58.

⁹ Birnbaum, *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Eherkrankung*, apudhormazabal Malaree, citado por Luiz Flavio Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: contribución al estudio del delito en cuanto ‘hecho ofensivo típico’, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido” (tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2015), 295.

¹⁰ *Ibíd.*, 296.

¹¹ *Ibíd.*

muchos en sociedad, por lo que es preciso diferenciar entre delitos naturales y delitos sociales.¹²

Birnbaum tiene como ámbito sociopolítico el comienzo de la Revolución Industrial, época en la cual la teoría subjetivista de Feuerbach es considerada generalista, abstracta y excesiva, según el contexto de la época, que exige la intervención penal del Estado en forma más intensa que lo que pretendía la fórmula liberal de los derechos subjetivos.¹³

Cabezas Cabezas también estima que el origen de la teoría de la lesividad se halla en Birnbaum, y sostiene que sus extremos más originales ha sido un fruto de la ciencia penal italiana del siglo XX, puesto que sus representantes buscaron en el mencionado principio una clave para que el sistema interpretase no solo los tipos penales que existían, también intentaban que funcionase como principio de intenso impacto en la actividad de los legisladores.¹⁴

El principio de ofensividad, sostiene el autor, tiene directa relación con el hecho de que una conducta solo puede ser considerada punible si, además de cumplir con los requisitos de la teoría del delito (acto típico y culpable de un ser humano), debe ocasionar daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por tener cierta relevancia, por tanto, desde esta perspectiva, “el citado principio gira en torno a dos nociones capitales en la doctrina penal moderna: el concepto de bien jurídico y el concepto de ofensa.”¹⁵

Según Muñoz Conde, el principio de lesividad aparece como eje fundamental histórico en el:

Moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuan menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela

¹² Existe una discusión entre algunas corrientes del derecho respecto a si esos bienes le han sido dados a la persona por la naturaleza o si son producto del desarrollo social, pero, y pese a lo interesante y enriquecedor del debate, este se encuentra más allá de los intereses y alcances de este texto. Lo que sí se puede afirmar es que el principio de lesividad vincula positivamente la realización de un daño a un bien jurídico con la noción de delito, determina que si no existe lesión no hay delito, por tanto, no hay proceso judicial.

¹³ José Fernández de Cevallos y Torres, “Blanqueo de capitales y principio de lesividad” (tesis de doctorado, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013), 36.

¹⁴ Carlos Cabezas Cabezas, “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n. ° 2 (2013): 82.

¹⁵ *Ibíd.*

de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales, para: a) La protección de los derechos y b) Los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal.¹⁶

De esta forma, se comprende que el principio de lesividad viene a lo largo del tiempo relacionado de una manera irrestricta al derecho, otorgando al sistema penal una función protectora, en donde el sistema punitivo mantiene sus aplicaciones enfocadas en establecer un sistema social de convivencia humana armónico, y que puede ser ejercido bajo ciertos límites estructurales y principalistas.

En otras palabras, surge un delito cuando las acciones de una persona afectan o perjudican los derechos de otra u otras; por tanto, solo cuando se vulnera un bien jurídico hace aparición el principio de lesividad, es decir, cuando hay daño a terceros, debido a que el principio de lesividad está vinculado con el derecho penal y este con la afectación del derecho a la libertad.¹⁷ Este derecho pertenece a todos los seres humanos, y su límite se encuentra cuando afecta la libertad de los demás, porque en ese momento la conducta de uno daña a otro, lo que se traduce en delito, que se pena de acuerdo al grado de daño que se causó, a la lesividad.

Sobre el particular opina Ferrajoli que:

Si por la lesividad de una conducta se entiende de manera general la “perturbación de la estructura normativa de la sociedad” o un no mucho más preciso “daño social”, es difícil que el principio de ofensividad pueda operar como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”. En efecto, desde esta perspectiva, la moral misma -y en particular la moral dominante- se puede concebir como constitutiva de la “estructura normativa de la sociedad” y elevarse y protegerse en un rango de “moral oficial”.¹⁸

Para este autor es -precisamente- por la indeterminación en su semántica que el principio de ofensividad se interpreta como lesividad del sistema social antes que de bienes jurídicos, puesto que no limita la garantía de las libertades individuales de los ciudadanos (como sostenía Beccaria), pero sí puede justificar expresiones estatales antigarantistas de derecho penal máximo.

¹⁶ Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial, Teoría general del delito* (Bogotá: Themis, 1984), 467.

¹⁷ En este sentido, la libertad es la del ciudadano a vivir sin temor a ser asaltado, violentado, asesinado, etc., es la justificación de la razón que aduce Locke para que los individuos se avinieran a consentir en el contrato social, la de disfrutar de su libertad sin miedo a los sujetos más fuertes y más violentos del lugar.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal*, n. ° 79 (2012): 110.

El límite a la potestad punitiva de Ferrajoli, entonces, se refiere a una delimitación clara, expresa, de la lesión al bien jurídico, así como del propio bien, pues es evidente que una expresión como conducta inmoral se presta a variadas y muy amplias interpretaciones que -muchas veces- permiten al juzgador hacer uso de sus prejuicios, de su ideología religiosa para imponer sanciones. Es indudable, y aquí se concuerda con Ferrajoli, que la noción de bien jurídico objetivo de la tutela penal se refiere a la lesión que causa un comportamiento determinado.

De hecho, la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace.¹⁹

El fundamento de que este comportamiento que puede lesionar el bien jurídico sea reprochable reside en la noción de contrato social antes desarrollado, recordando además que la libertad del individuo consiste -precisamente- en hacer todo aquello que no perjudica a los demás, tal y como ya lo establece el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás”²⁰), e incluso que la teoría del delito mismo parte de la necesidad de esa acción como comportamiento humano exteriorizado.

Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o a-normales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad.²¹

Aquí encuentra Ferrajoli una paradoja, por lo menos aparente, en el derecho a ser inmorales o malvados, o ambos, que ve como resultado de la garantía de igualdad de las libertades fundamentales, que expresa mediante la tesis de la inadmisibilidad de normas que penalicen el ser en lugar del hacer, que es la gran diferencia entre pensar, incluso del

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, 14 de julio de 1789.

²¹ Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, 110.

fantasear, pero no llevar a cabo, no concretar en la acción que lesiona al prójimo, que es la que admite y precisa penalización.²²

Ferrajoli, después de hacer la precisión del párrafo anterior -sobre el ser y el hacer- afirma que es posible concebir el principio de ofensividad en dos subprincipios: de ofensividad en abstracto y de ofensividad en concreto. Sobre el primero se extiende en que podría ser vinculado a la Constitución a través de fórmulas como “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”.²³ En cuanto a la ofensividad en concreto, se podría instituir mediante frases como “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por esté protegido, ningún daño o peligro”.²⁴

El primer subprincipio es una norma que se dirige al legislador, por tanto, esta debería constar en la misma norma suprema; en cuanto al segundo, este se dirige a los jueces y administradores de justicia en general, por lo que debería estar en una ley. En ambos casos, por lo demás, este principio limita la intervención penal, al tener la forma propia de las garantías constitucionales. En el caso en específico del delito de peculado exige una lesión material al bien jurídico protegido para ameritar una intervención penal.

Zaffaroni, por su parte, entiende el principio de lesividad entre los “principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos”, entre los que se hallan el de limitación, el de mínima proporcionalidad, el de respeto mínimo a la humanidad, entre otros, que serán tratados más adelante. En lo que respecta al principio de lesividad, el autor manifiesta:

Principio de lesividad: La irracionalidad de la acción represiva del sistema penal no puede llegar al límite en que se pretenda imponer una pena sin que ello presuponga un conflicto en que resulte afectado un bien jurídico. Este principio debe tener valor absoluto en las decisiones de la agencia judicial, porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas de “moralización” subjetivizada y arbitraria del ejercicio de poder del sistema penal.²⁵

Efectivamente, la pena -sobre todo si esta es excesiva- con la que el Estado responde a una acción que no afecta el derecho de nadie, aparece como una equivocación

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*, 111.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 248.

absoluta, por tanto, no debe admitirse, al ser una gran lesión del principio de racionalidad republicana.

Torres, asimismo, manifiesta que el principio de lesividad puede entenderse “como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno”.²⁶ De este modo, es preciso agregar que, para una adecuada interpretación del tema, no debe soslayarse el concepto de bien jurídico, que es limitativo del derecho penal en cuanto sistema diseñado para contener y disminuir el poder punitivo.

Para Barrientos Pérez el principio de lesividad es aquel que especifica que la acción punitiva del Estado solo tiene sentido cuando se deben proteger bienes jurídicos que están siendo afectados, el cual, “sirve de criterio de referencia material sobre el cual predicar la antijuridicidad o no de determinado comportamiento, además de ser un límite al momento de la atribución de responsabilidad”.²⁷ En este sentido, es preciso aclarar que la base de algunas tipificaciones penales debe hacerse después de la corroboración de su lesividad, “siendo insatisfactoria la sola referencia a la peligrosidad abstracta de la conducta, si no puede verificarse en últimas la afectación que ella apareja para el bien jurídico.”²⁸ Es decir, una vez más, cuando está en peligro real.²⁹

Otra forma de afrontar el análisis del principio de lesividad es desde la protección de la vigencia de la norma, en donde se entiende a la sociedad como un sistema comunicativo en el que importa más la relación del individuo con la sociedad que el individuo en sí. Desde esta perspectiva sistémica que entrelaza sociedad y derecho, dice Barrientos Pérez que “solo podemos hablar de sociedad cuando el derecho garantiza al sujeto un horizonte conforme al cual orientarse, de ahí la necesidad de las expectativas, por medio de las cuales, cada miembro de la sociedad podrá esperar determinados

²⁶ Ariel Torres, “La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional”, *Revista Pensamiento Penal* (en línea) (agosto de 2015), <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>.

²⁷ Deisy Janeth Barrientos Pérez, “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 84 (2015): 92.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Otro asunto sobre el que se discute es respecto de cuál es ese peligro real, puesto que las valoraciones al respecto cambian, según la autora Barrientos Pérez, dependen en gran medida “de las ideologías orientadoras de la actividad estatal y del desarrollo cultural, económico y tecnológico” (Barrientos Pérez, “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro”, 92). Esto es, en un país el objeto de protección o bien jurídico es uno, y en otro, puede ser otro, puesto que a pesar de que el derecho internacional (público) propende a una cierta homogeneización de las normas en muchos ámbitos, la normativa de cada país responde a su cultura, a su grado de desarrollo social, finalmente.

comportamientos que se correspondan con el acatamiento de las normas”,³⁰ puesto que estas son, según Feijoo Sánchez, “expectativas garantizadas por el sistema jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos irrespetuosos con las normas”.³¹

Jakobs, por su parte, considera que la contribución del derecho penal al mantenimiento del orden de la sociedad consiste -precisamente- en garantizar las normas, al afirmar lo siguiente:

La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso -aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica.³²

Entonces, debido a que el cometido del derecho penal es el respeto y la vigencia de la norma, sanciona la defraudación de la misma. La lesividad del comportamiento se mide en cuánto han lesionado el deber, por lo que para la determinación de la pena se deberá analizar, por un lado, la vigencia de la norma y, por otro, el grado de quebrantamiento de esta. Fijando un estandarte al derecho penal de protección de bienes jurídicos, concentrando su actuar en la “especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir este cometido y que solo intervienen o deben intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad”.³³

De todo lo mencionado en las páginas anteriores puede decirse que para aplicar el principio de lesividad es necesario que los hechos sucedidos afecten a la sociedad en su conjunto, de la que la persona en quien concurren los efectos de la lesión o el daño es parte, pues busca controlar actividades al bien común de un Estado, por lo que se la identifica como aquella garantía jurídica destinada a la regulación de actuaciones de los individuos que en el ámbito social sean importantes debido a su impacto social, pero que no tiene jurisdicción en el ámbito privado.

³⁰ *Ibíd.*, 95.

³¹ Bernardo Feijoo Sánchez, *Normativización del derecho penal y realidad social* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 40.

³² Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1995), 45.

³³ Néstor Posada Arboleda, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos* (Bogotá: Sello, 2011), 90.

En este sentido, el principio de lesividad da una guía al derecho penal para sancionar conductas humanas que realmente estén destinadas a lesionar bienes jurídicos protegidos constitucionalmente cuando estos se encuentren en un real peligro, verificable y cuantificable, buscando proteger de esta forma a la sociedad de aquellas conductas humanas que son penalmente relevantes. El principio de lesividad se encuentra estrechamente ligado a la existencia de una necesidad de pena, puesto que este regula que la pena sugerida en el sistema acusatorio sea acorde a un hecho realmente grave y merecedor de sanción.

Es en este contexto donde el bien jurídico mantiene una relevancia primordial, es aquí donde nace la importancia de vincular el derecho penal a este objeto de protección, ya que es gracias al principio de lesividad como el sistema penal analiza sus mecanismos de control social para conocer si estos están brindando una respuesta social adecuada y, además, se verifica si la intensidad de la respuesta del derecho penal es la adecuada a la necesidad social.

En conclusión, el concepto de bien jurídico es fundamental para el principio de lesividad, pues si no hay un bien lesionado no hay necesidad de derecho penal, lo que lleva a afirmar que el bien jurídico como noción limita el ejercicio del *ius puniendi*. Es importante señalar, a propósito de esto, que el derecho penal tiene también un carácter fragmentario, pues solo pretende proteger una parte de los bienes jurídicos, los que considera más importantes.

Por ello, para que no haya un conflicto jurídico es preciso delimitar el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la tipificación y la afectación al mismo. Es decir, la tipificación trata de defender estos bienes contra ataques especialmente graves, por lo que se pueden identificar dos tendencias: una que excluye la responsabilidad de los comportamientos culposos en la mayoría de los delitos, la otra, la de dejar sin sanción las acciones consideradas como inmorales, puesto que para que el juez emita su sentencia es importante separar el derecho penal de la moral, donde se puede tener un pensamiento preconcebido -errado- en relación al verdadero daño que se dé al bien público, mayor al que en realidad haya sufrido, y esto mostrarse en las decisiones judiciales que no están proporcionalmente dictadas de acuerdo a los montos de la afectación al bien, la tercera de las conductas que cumplen la descripción del tipo penal pero no son suficientemente graves para afectar al bien jurídico protegido, se analizará más adelante.

2. Principios limitadores del derecho penal

El derecho penal halla su razón de ser en la obligada tutela de los bienes jurídicos que los ordenamientos protegen, asimismo, tiene en la pena la consecuencia jurídica para quien ha infringido las normas establecidas. El *ius puniendi*, es decir, el derecho monopólico de castigar del Estado, se desarrolla en el marco de un sistema de principios de carácter limitativo, los que pueden ser considerados como una especie de muro de contención ante eventuales arbitrariedades.

Es decir, los principios tienen como objetivo impedir que se configure un Estado punitivo en el que el derecho penal no tenga límites y vulnere el Estado de derecho, afectando -a su vez- derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la característica de una política criminal autoritaria es que subordina la libertad y la igualdad a la autoridad.

No solo el principio de lesividad limita al derecho penal imponiéndole la obligación de actuar de una forma determinada, donde el Estado no exceda su poder punitivo frente al individuo o procesado, lo son también los principios de mínima intervención penal y de proporcionalidad, los cuales son una base estructural para que el principio de lesividad pueda enmarcar su accionar en un freno al sistema punitivo penal.

De esta forma, se tiene una visión del derecho penal en gran medida más objetiva, considerando que el procesamiento penal es la primera o la última instancia que se debe activar frente a una conducta que aparece como lesiva, debiendo tener presente que -a diferencia de otras ramas del derecho- el Derecho penal mantiene penas privativas de libertad, las que menoscaban derechos de carácter personal, y que al tratamiento a efectuarse nunca puede ser igual al de otras materias del derecho. Los principales principios limitadores del derecho penal, en relación con el principio de lesividad, son el principio de mínima intervención penal y el principio de proporcionalidad, los que se analizan a continuación.

2.1. Principio de mínima intervención penal

El principio de mínima intervención penal, también llamado de *última ratio*, se compone por el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal, por tanto, ha de ser, como lo dice la expresión latina, la última razón, el último argumento, o el último recurso al que el Estado apela cuando no dispone de otros medios de control social menos lesivos y represivos. El carácter fragmentario del derecho penal es una obligatoriedad, se

halla vinculado a la aplicación del poder punitivo del Estado, exclusivo de la protección de los bienes jurídicos relevantes ante vulneraciones más graves a las que se pueda someter a las personas.

Respecto al carácter fragmentario del derecho, Medina Cuenca sostiene que el derecho penal está en estrecha conexión con el principio de mínima intervención penal, de acuerdo al cual “el derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes”.³⁴ Esto es así porque los ataques de menor gravedad contra los bienes jurídicos corresponde afrontarlos a otras ramas del derecho, y de ahí se deriva la afirmación del carácter subsidiario del derecho penal frente a otras ramas del derecho.

Hurtado Pozo está de acuerdo con los autores citados sobre el carácter fragmentario del derecho penal, pero además le atribuye uno subsidiario y otro accesorio. “Este carácter fragmentario del derecho penal, inicialmente reconocido como un hecho concreto debido a deficiencias de técnica legislativa, es percibido actualmente como un aspecto propio del derecho penal, en particular, como una nota distintiva del derecho penal liberal”.³⁵ El derecho penal es solo uno de los varios recursos de que dispone el Estado para ejercer el *ius puniendi*. Asimismo, es preciso decir que existe un sistema de sanciones no estatales, entre las que puede mencionarse a las cláusulas penales de los contratos y las medidas disciplinarias. En definitiva, el derecho penal no tiene el monopolio de las sanciones.

Asimismo, Medina Cuenca afirma que el principio de subsidiariedad (llamado principio de intervención mínima a partir de las teorizaciones de Muñoz Conde), se deriva directamente del principio de necesidad, el que sostiene que el derecho penal debe ser el último recurso, al que se acuda y cuando se hayan agotado otros de menor lesividad, “pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos”.³⁶ Por tanto, si lo que se esté protegiendo bienes jurídicos, donde sean suficientes los medios del derecho civil, el derecho público o (incluso) de medios extrajurídicos, ha de evitar el

³⁴ Arnel Medina Cuenca, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”, *IUS*, n. ° 19 (2007): 92.

³⁵ José Hurtado Pozo, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general* (Guatemala: Organismo Judicial, 1999), 37.

³⁶ Medina Cuenca, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”, 87.

uso del derecho penal, debido fundamentalmente, a que la dureza de sus medios, se tornaría en innecesaria, injustificable.

Villegas Fernández, magistrado español, afirma que, en una muy somera revisión de la jurisprudencia reciente de esa nación, se revela lo exitoso que es el concepto de la intervención mínima, pues este se halla por todos lados:

No solo eso, se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “ultima ratio”, “proporcionalidad” y hasta el de “insignificancia”. Sin embargo, no es fácil adentrarse en su significado, ya que estos términos suelen manejarse con harta vaguedad y hasta solapándose los unos con los otros.³⁷

Para Blanco Lozano, el principio de mínima intervención implica que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino solo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos”.³⁸ Además, la protección de los bienes debe tener una limitación para que sea efectiva, de lo contrario podría cometer injustos por exceso de celo en su desarrollo. Muñoz Conde indica que el de intervención penal mínima es “un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del derecho penal, el cual se limita solo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario”.³⁹

En este sentido, los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal son materiales o inmateriales, individuales o colectivos, estos pueden ser analizados de acuerdo a distintos criterios. Goseilo sostiene que para que algo se convierta en un bien protegido debe haber sido previamente determinado como tal por la comunidad, que de acuerdo a su contexto (social, histórico, económico, etc.) determina qué entidad amerita convertirse en un bien jurídico de acuerdo a las necesidades personales y colectivas.⁴⁰

Lo que implica que no todos tienen la misma importancia, por ello este principio fragmenta su actividad regulatoria de los bienes protegidos en primarios y secundarios. En el primer caso, lo ejercen los legisladores, quienes a la vez que describen también tipifican los delitos, en el segundo los administradores de justicia, cuya labor es aplicar las tipificaciones, para lo cual interpretan el contenido de la ley. De este modo, el

³⁷ Jesús Manuel Villegas Fernández, “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 23 (2009): 1.

³⁸ Carlos Blanco Lozano, *Derecho penal: parte general* (Madrid: La Ley, 2003), 14.

³⁹ Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 71.

⁴⁰ Antonieta Goseilo, “Los bienes jurídicos penalmente protegidos”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 1 (1993): 27.

principio de intervención mínima representa una limitación al *ius puniendi* estatal, este establece la necesidad de fragmentar la acción penal, de hacer una valoración de los bienes jurídicos objeto de protección, así como determina que se debe direccionar el poder sancionador hacia los daños graves a bienes jurídicos y actuar solamente en aquellos casos en que los recursos administrativos no hayan sido efectivos en el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la paz social.

Para entender a cabalidad el principio de intervención mínima es preciso indagar en su origen, el que empieza en Francia y en el Reino Unido en la segunda mitad del siglo XVIII, a la vez que se desarrollaba el liberalismo. En ese tiempo la doctrina política, según Sánchez Francisco, reivindicaba la libertad en todos los ámbitos de actuación de la persona.

En esa etapa histórica el poder se encontraba centrado en manos de un solo hombre, el monarca. El Derecho penal era utilizado como forma de obligar a las personas a que obedecieran al soberano; se distinguía por leyes penales rígidas, caracterizadas por penas que tenían un carácter severo, consistentes en la pena de muerte, corporales, destierros y penas pecuniarias, entre otras; en pocas palabras, un Derecho penal que impera en un Estado absoluto.⁴¹

Puede, efectivamente, concluirse que todo el derecho de los soberanos absolutos era penal y de derecho penal máximo. Fue ese el escenario proclive para el surgimiento del liberalismo, iniciado por la clase burguesa (conformada por comerciantes que se asentaban en las ciudades, conocidas como burgos), que consistió, de acuerdo a Mir Puig, en una nueva concepción político-jurídica, “esencialmente basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes, así como de la defensa de la libertad”.⁴²

Uno de los pioneros y gran divulgador de los ideales liberales fue César de Beccaria, quien (en 1764) publicó su *Tratado de los delitos y de las penas*, libro que establece un antes y un después en la forma de concebir ambos elementos. En este texto Beccaria hace uso de los presupuestos filosóficos de su época⁴³ sobre el origen de la sociedad, el Estado y la cesión de libertad del individuo en favor del poder punitivo de este último, todo para poder conservar y disfrutar de la libertad restante.

⁴¹ Julio Roberto Sánchez Francisco, “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n. ° 17 (2007): 278.

⁴² Santiago Mir Puig, *Derecho penal: parte general* (Montevideo: B de F, 2004), 113.

⁴³ El contrato social de Jean-Jacques Rousseau.

El resultado del debate que concitó el texto de Beccaria condujo a una serie de cambios en la forma de afrontar la penalización del delito, que se conocen hoy en día como derecho penal liberal. Este puede resumirse en un conjunto de garantías que limitan la intervención del Estado, humanizan las penas, excluyen la tortura de los recursos y métodos de sanción, propugnan la igualdad de todos ante la ley, establecen el principio de legalidad, entre otras. El desarrollo de cada uno de estos conceptos es lo que está relacionado con lo que en la actualidad se llama principio mínimo de intervención del derecho.

Sánchez Francisco sostiene que hoy “el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado, que limita la intervención de este y constituye, al menos en teoría, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados que adoptan un modelo democrático y social de derecho”.⁴⁴

En el Ecuador, un país que ha adoptado el modelo democrático social de derecho, la Constitución determina que es el fiscal el encargado de dirigir las investigaciones en el desarrollo del proceso, respetando los principios del derecho penal, entre los que se encuentra el de mínima intervención penal.⁴⁵

Al hacer un primer análisis de la normativa nacional, se puede observar que en el Código Orgánico Integral Penal (en su artículo 3) se determina al principio de mínima intervención penal como que: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.⁴⁶

Construye la norma en este artículo un concepto muy ambiguo de lo que es el principio de mínima intervención penal, en el que no se entiende si se refiere a conceptos de legitimación penal o -a su vez- a recursos extrapenales, por lo que al existir una poca clarificación es necesario regirse por la dogmática. Tomando en este caso a Albán Gómez, quien explica al principio de mínima intervención penal como aquella actuación penal en

⁴⁴ Sánchez Francisco, “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”, 279.

⁴⁵ “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y *mínima intervención penal*, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195.

⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 3.

el “recorrir al expediente penal solamente en casos muy concretos y en los cuales su utilización resulte plenamente justificada”.⁴⁷

De acuerdo a los párrafos anteriores, se puede establecer la necesidad de desarrollar argumentos a través de los cuales se pueda explicar y aplicar correctamente el principio de mínima intervención penal, asumiendo a este principio como de responsabilidad y atribuciones de la Fiscalía General del Estado, entidad que es responsable de representar a la sociedad en los procesos judiciales, utilizando como herramienta la investigación, la misma que servirá de fundamento para sustentar la acusación de las acciones u omisiones que se pudieran presentar en los delitos de acción pública.

Con los conceptos señalados se entiende con claridad la existencia de una función elemental, la que nace en el sistema de justicia del país, recayendo esta en la Fiscalía General del Estado y en los jueces, los cuales están obligados, conforme lo establece el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, a actuar “con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público, así como a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”.⁴⁸

Como puede colegirse, con el principio de mínima intervención penal se exige a la Fiscalía manejarse con criterios garantistas de valoración y de *última ratio*, verificando así la no existencia de otras vías jurídicas que puedan ser empleadas de manera eficaz para que exista una solución a un conflicto social que es puesto en conocimiento del fiscal mediante una denuncia.

En conclusión, se puede decir que el principio de mínima intervención penal se aplica a la actuación del fiscal en los deberes como las atribuciones que se le han otorgado, teniendo como límites el interés social y la protección de las víctimas. A partir de estos ejes rectores se ponderará sobre la conducta que se investiga, si hay suficientes bases para establecer si el efecto lesivo justifica o no actividad el aparato estatal de administración de justicia penal con características represivas sancionadoras.

⁴⁷ Ernesto Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales, 2015), 2.

⁴⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195.

2.2. Principio de proporcionalidad

Según Alexy, el principio de proporcionalidad es “el procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidas en una constitución”.⁴⁹ Carbonell agrega que este principio se vuelve relevante cuando se acepta que no hay derechos absolutos, que cada derecho puede ser limitado por el propio Estado en el uso de la facultad sancionadora: “De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales, en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos”.⁵⁰

En la aplicación del principio de proporcionalidad los administradores de justicia han debido atender a variables tales como el bien jurídico, la cuantía en el daño, entre otras, para proceder a realizar la individualización de la sanción, que se ubica en el desarrollo del derecho penal mínimo en los Estados garantistas. Villaverde, siguiendo la línea de Carbonell, analiza el principio de proporcionalidad en el contexto de los conflictos entre derechos fundamentales en el marco de los Estados de derecho, donde los límites que corresponden al derecho fundamental examinados de forma individual se constituyen en la parte más importante del método de delimitación de los derechos fundamentales:

Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía iusfundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho (piénsese en la autorización judicial de una entrada y registro domiciliario o la práctica de una prueba consistente en una intervención corporal como arrancar un cabello o tomar una muestra de saliva o de sangre).⁵¹

⁴⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993), 93.

⁵⁰ Miguel Carbonell, “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 10.

⁵¹ Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 178.

Lo que propugna el autor es que en los casos en los que se puedan emplear medios distintos para aplicar un límite, o este permita grados en su aplicación, debe usarse el principio de proporcionalidad, porque es el recurso técnico mediante el que se concreta el mandamiento de optimización de todos los derechos fundamentales.

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.⁵²

Otro autor que considera que el principio de proporcionalidad funciona en una posible colisión de derechos es Díez Gargari, quien asegura que es un método útil en las controversias de este tipo, debido fundamentalmente a que los principios son mandatos, es decir, normas que ordenan una gestión sea llevada a cabo en su máxima posibilidad, siempre dentro del marco jurídico existente.

En esta época de neoconstitucionalismo en la que los derechos fundamentales funcionan como “mandatos de optimización” y en el que la colisión de derechos es un fenómeno cotidiano, el PP⁵³ tiene la oportunidad de adquirir un protagonismo insólito porque nos brinda la esperanza de recuperar algo de la certeza y de la racionalidad que se ha perdido en esta época. En este sentido, el PP es muy reconfortante para la sensibilidad contemporánea. Muchos de los que celebran el PP destacan que este representa un límite efectivo para los jueces al obligarlos a proporcionar argumentos y a dar razones que fundamenten sus decisiones.⁵⁴

En ese sentido, los defensores del principio de proporcionalidad le atribuyen la función de buscar evitar la potencial arbitrariedad de la administración de justicia, aunque el autor estima que cualesquiera de los beneficios que se esperen de este principio solo podrán ser concretados si los entes administradores de justicia asumen con amplitud de miras las implicaciones de su aplicación.

Ferrajoli, que examina el principio de proporcionalidad desde la antigua máxima latina *poena debet commensurari delicto*,⁵⁵ del que dice es una mezcla de los principios de legalidad y de retributividad, puesto que en el contenido de los mismos halla su

⁵² *Ibíd.*

⁵³ PP: Principio de proporcionalidad.

⁵⁴ Rodrigo Díez Gargari, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 26 (2012): 69.

⁵⁵ La pena debe ser proporcional al delito.

fundamento tanto lógico como axiológico, así, el autor señala: “Aunque se remonta a la antigüedad, el principio de proporcionalidad de la pena solo pudo afirmarse en la época de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad y, sobre todo, la mensurabilidad y la calculabilidad de las penas”.⁵⁶

Beccaria (en su ya citado libro *Los delitos y las penas*) sostenía que debía haber una forma de graduar las penas de acuerdo con el delito, pero en aquellos tiempos a los que alude Ferrajoli, de la vindicta y la ley del talión, con penas corporales, así como capitales, no había posibilidad alguna de graduación, es decir, de proporción en la determinación de la pena.

Solo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena. No es una casualidad que el principio llegara a afirmarse primero en el código leopoldino de 1786 y después en el napoleónico de 1810 y en todos los sucesivos códigos decimonónicos simultáneamente al progresivo declive de las penas corporales y a la introducción de las penas privativas de libertad como penas principales.⁵⁷

No obstante, la idea de la proporcionalidad en la pena no suministra al juzgador un criterio de ponderación en el que pueda basarse, puesto que no existe un criterio que se aplique por defecto, que sea connatural a la cuestión, hay criterios producto de valoraciones éticas y políticas, o coyunturales, generalmente de acuerdo a intereses de quienes gobiernan, para llegar a determinar la cantidad de pena que es proporcional a cada delito en cada ocasión.

La jurisprudencia y la doctrina del derecho penal, asevera Zambrano Pasquel, ya venían reconociendo la noción de proporción en su concepción más precisa, que debía ser una característica *sine qua non* de la pena y producto del avance de la democracia como forma de gobierno. En la década de los noventa del siglo pasado se empezaron a hacer formulaciones muy elaboradas de lo que implica una actuación pública proporcionada, la que analiza de forma individual las circunstancias en las que ocurrió el hecho y el daño producido por el mismo. Este tipo de intervención se hace desde el enfoque del derecho penal actual, es decir, el que está definido por los rasgos del derecho penal mínimo, que presenta características de fragmentariedad y subsidiariedad:

⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 398.

⁵⁷ *Ibíd.*

Pero, las nuevas perspectivas de lo que significa ese concepto, en su sentido más amplio, al mismo tiempo que enriquecen el debate doctrinal sobre lo que implica hoy la idea de proporcionalidad, ha favorecido cierta confusión terminológica. Hay que insistir en lo que implica la caracterización de la idea de proporcionalidad como principio definidor de lo que ha de ser la intervención penal.⁵⁸

Estas nuevas elaboraciones que iniciaron a finales del siglo XX estudiaron profundamente el principio de proporcionalidad, del que definieron su significado, así como delimitaron su ámbito de aplicación, el contenido del mismo y el enfoque de la noción de proporción. Sobre la afirmación de Zambrano Pasquel de que el que el principio de proporcionalidad es producto del desarrollo y cimentación de los Estados democráticos, apostilla Ferrajoli que este principio es una característica de una concepción moderna de la pena:

Al mismo tiempo esta abstracción y mensurabilidad de la pena sirve para configurar su aplicación como cálculo, dirigido en el caso específico a la determinación cuantitativa de la pena sobre la base, además de los mínimos y de los máximos previstos para el tipo de delito, de criterios accesorios también predeterminados cuantitativamente en forma de aumentos o reducciones de fracciones de pena (por las circunstancias agravantes o atenuantes, por el delito continuado, por los distintos tipos y grados de reincidencia, etc.). Así resulta asegurado un ulterior carácter de la pena moderna: la proporcionalidad de las penas a la gravedad de los delitos, o, más exactamente, considerada la naturaleza convencional de los delitos y de las penas, el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela.⁵⁹

Por su parte, Roxin asegura que el “principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de duración de una sanción determinada solo preventivamente y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad”.⁶⁰ En la visión de la pena de este autor, la misma sirve a los fines de prevención tanto especial como general, y cuando se limita su magnitud a la medida de la culpabilidad, también se puede quedar por debajo de ese límite, en tanto que no vaya en contra de las exigencias mínimas de prevención general, es decir, que la pena no puede ser tan mínima que no disuada al infractor de volver a cometer el mismo delito, y a otros sujetos de incurrir en él.

⁵⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de práctica procesal penal* (Lima: Ara, 2009), 56.

⁵⁹ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 392.

⁶⁰ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), 103.

Además, el autor (en común con Zambrano Pasquel y Ferrajoli) contextualiza al principio de proporcionalidad en la estructura del Estado de derecho, por lo que le atribuye rango jurídico-constitucional y, asegura, se concreta en “el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado”.⁶¹ Esta idea se ha desarrollado ampliamente en numerosas medidas de los preceptos particulares.

De igual forma, como se hizo el análisis con el principio anterior, se considera que el Código Orgánico Integral Penal trata al principio de proporcionalidad de manera muy ambigua (artículo 12, numeral 16), siendo así que es determinado como una garantía de la persona privada de la libertad en una sanción disciplinaria, observando en su contenido, “proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos”.⁶²

Pero, aunque en el COIP solo se reconoce la aplicación del principio para personas privadas de libertad, sí se encuentra en la Constitución vigente, donde establece que el principio de proporcionalidad no puede ser invocado solamente al momento de imponer una pena privativa de libertad, es decir, no es posible utilizar el principio de proporcionalidad cuando ya todos los medios de defensa del procesado han sido agotados, sino que, al contrario, se debe emplear como un recurso previo al procesamiento penal, en donde se analice si la actuación cometida por la persona -sea esta por acto u omisión- es merecedora de la sanción penal y del gasto procesal que involucra activar el aparataje económico, como a su vez también se analizará de manera previa si va a ser justificable la pena para la lesión real que cometió el infractor de ley penal, que va a solicitar la fiscalía durante toda la instrucción.

En este sentido, Zambrano Pasquel manifiesta que:

Hay que rescatar la importancia de la idea de proporcionalidad como principio definidor de lo que ha de ser la intervención penal, se debe tener una idea clara de lo que es el significado del principio en cuanto a su concepto, su ámbito de aplicación, su contenido y los criterios que definen la idea de proporción. Hoy se distingue entre *proporcionalidad*

⁶¹ *Ibíd.*, 106.

⁶² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art.12.

abstracta y concreta, la proyección del principio en la teoría del delito y la vinculación de lo proporcionado tanto a los fines que aspira el Derecho penal como a la gravedad del hecho que obliga a prever o imponer la pena de la que se requiere predicar su proporción, finalizando con una atención más específica a lo que implica la exigencia de proporcionalidad concreta en el proceso individualizador de la pena.⁶³

En resumen, el principio de proporcionalidad demanda del sistema de administración de justicia al emitir un juicio que aplique la ponderación para establecer el castigo o sanción en base al delito cometido, abriéndose a una diversidad de modos de pensar que impulsen las actuaciones en el momento de dictaminar una sentencia, encontrando nuevas formas de criminalización, que van de la mano con nuevas conductas que aparecen con las nuevas y diversas formas de punibilidad del derecho contemporáneo.

El principio de proporcionalidad busca un correcto equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, ya sea en la proporcionalidad abstracta o individualización legal de la pena, así como en la proporcionalidad concreta o su aplicación judicial. Este principio es un principio constitucional, que se lo equipara -dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal- a los principio de legalidad, lesividad, culpabilidad, tutela de bienes jurídicos, última ratio; asimismo, este invoca que la pena sea equivalente al daño ocasionado, puesto que “este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hechor”.⁶⁴

Si la visión de daño se hace desde el grado de culpabilidad como fundamento del derecho penal, esta manda que no se debe imponer pena si no hay culpa; y en caso de existir la culpa, la pena debe estar vinculada estrechamente con el grado de mal que se originó, por lo que debe ser acorde a la culpabilidad. Así, la pena será “una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable”.⁶⁵

En conclusión, el principio de proporcionalidad sustenta que a los delitos con un grado mayor o más graves se les debería dar una pena mayor que a los delitos menos graves. De esa forma, el aparataje judicial no se movilizará para casos en donde la culpa no lo amerite, y se buscarán mecanismos alternos de solución, sin olvidar que los criterios

⁶³ Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos del derecho penal y Teoría del delito* (Guayaquil: Murillo, 2017), 89.

⁶⁴ Mario Garrido Montt, *Derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., vol. II (Santiago de Chile: Themis, 2008), 198.

⁶⁵ *Ibíd.*

para determinar cuán grave fue el daño deben fundamentarse en principios relacionados con el derecho penal y que estos buscan proteger los intereses de la sociedad.

3. El juicio de lesividad en el derecho penal

El adjetivo lesividad deriva de lesivo, que “causa o puede causar lesión (daño, perjuicio)”.⁶⁶ A su vez, el término lesivo proviene del latín *laesio-onis*, que significa daño, perjuicio o detrimento.⁶⁷ Entonces, desde el significado el concepto lesivo implica la existencia de un daño.

El juicio de lesividad tiene sus orígenes en el derecho administrativo, presentándose este como un recurso procesal que brinda mayores oportunidades al aparato estatal para revertir las decisiones de una autoridad pública administrativa, cuando se considere que estas atentan contra los intereses del Estado.

Aunque de forma ordinaria el proceso administrativo es iniciado por un particular contra una acción estatal susceptible de ser impugnada en la vía jurisdiccional, la Administración puede hacerlo contra sí misma.

La circunstancia de que una entidad pública aparezca como parte demandante no da de por sí lugar al proceso de lesividad, sino que puede operarse a través del proceso ordinario o especial que corresponda. La lesividad está reservada para los casos en que la Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa su anulación.⁶⁸

De este modo, el juicio de lesividad es aquel proceso administrativo que tiene por objeto la pretensión de revocar una acción administrativa de una entidad pública en relación a un acto de la misma que no se puede revocar por sí misma, razón por la que acude a la administración de justicia para deshacer un error.

Para Dromi Casas una de las singularidades del derecho procesal administrativo, en lo referente al proceso juicio de lesividad, está en la existencia de un proceso de características singulares, pues la misma entidad estatal que dictó el acto que se demanda se constituye en demandante:

⁶⁶ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. (Madrid: Espasa Calpe, 2014).

⁶⁷ Manuel Esteves Rodríguez, *Etimología grecolatina. Diccionario* (Almería: Círculo Rojo, 2015), 315.

⁶⁸ Esteban Carlos Furnari y Roberto Oscar Furnari, “El derecho procesal administrativo y el instituto de la acción de lesividad”, *Derecho UBA*, accedido 28 de octubre de 2019, p. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-furnari.pdf>.

El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que *no puede revocar per se*. La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la *Administración demandante* supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida.⁶⁹

En muchos casos a una entidad pública le es imposible revocar *per se* los actos que ella misma ha dictado, de ahí que el juicio de lesividad se deba, según Dromi Casas, a razones jurídico-materiales. Es así que la acción de lesividad encuentra su equilibrio en la estabilidad de los actos administrativos, en vista de que la Administración no puede deshacer la acción administrativa, por tanto, la alternativa que le queda es declararlas como lesivas, y a partir de ahí emprender el procedimiento de lesividad. Al respecto opina Serra Rojas que:

El procedimiento de lesividad en la doctrina administrativa es un procedimiento administrativo especial, iniciado por la Administración pública para revocar o nulificar un acto administrativo dictado por la misma autoridad, por error o que perjudique al Fisco. En términos generales, el acto debe provenir de la misma autoridad administrativa y debe fundarse en serias razones legales que demanden se deje inoperante el acto reclamado.⁷⁰

Este procedimiento es el llamado juicio de lesividad, cuyo procedimiento, que el autor localiza dentro de la doctrina administrativa, se vincula con la nulidad y la revocación de los actos administrativos que se considera perjudican de alguna manera al Estado.

Velázquez Tolsá afirma que el de lesividad es “El juicio contencioso administrativo que hace valer la autoridad fiscal o administrativa para anular una resolución con vicios de legalidad, emitida a un particular de manera favorable y que se hace valer a través de un juicio, en respeto al derecho humano de audiencia y defensa de los particulares, contemplado en el artículo 14 Constitucional”.⁷¹ Pero no solo de un particular contra el aparato estatal, también del Estado contra sus propias entidades o, más exactamente, contra los funcionarios implicados en el presunto ilícito.

⁶⁹ José Roberto Dromi Casas, “Acción de lesividad”, *Revista de Administración Pública*, n. ° 88 (1979): 209-10.

⁷⁰ Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo* (Ciudad de México: Porrúa, 1977), 566.

⁷¹ Francisco Eduardo Velázquez Tolsá, “El juicio de lesividad en el Distrito Federal”, *Aída*, n. ° 16 (2014): 14.

El juicio de lesividad se presenta como un recurso de gran trascendencia, también en el ámbito internacional, tal es así que incluso ha sido legitimado en el derecho positivo de otras jurisdicciones, por ejemplo, en España se determina que:

Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si los hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativo que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.⁷²

De igual forma ocurre en Ecuador, donde el juicio de lesividad se presenta de la siguiente forma:

Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.⁷³

Ahora, en el derecho penal no se puede tomar de la misma forma al juicio de lesividad, como un recurso que busca ampliar los límites punitivos del Estado, otorgando mayores privilegios estatales, permitiendo incluso que las sentencias de tribunales de garantías penales puedan ser modificadas por una autoridad administrativa cuando consideren que estas sentencias no están de acuerdo con los supremos intereses del Estado.

De ser ese el caso, se volvería a tiempos muy anteriores, los de Luis XV, por ejemplo, en donde el monarca era quien decidía qué era conveniente para el Estado y qué no lo era, tomando las decisiones según el particular estado de ánimo con el que se levantaba, imponiendo castigos desproporcionados a aquella persona que tomara decisiones en contra del Estado, es decir, en contra de las decisiones del Rey, puesto que sus disposiciones eran consideradas como las normativas que trazaban el principio de legalidad.⁷⁴

⁷² España, *Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*, Boletín Oficial del Estado 236, 2 de octubre de 2015, art. 102.1.

⁷³ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 8 de abril de 2015, art. 95.

⁷⁴ Agudelo Betancur Nódier, *De los delitos y de las penas* (Bogotá: Nuevo Foro, 2014), 21.

El derecho penal, para no contradecir uno de los principales presupuestos del Estado de derecho, que es la intervención penal mínima, y recordando la existencia de una violencia punitiva estatal frente a los seres considerados como desviados e incluso con los no desviados que se encuentran inmersos en un juicio de reproche, debe buscar la tutela de derechos para garantizar una seguridad jurídica, otorgando a la ciudadanía una herramienta de convivencia social. Por esto, es menester recalcar que el derecho penal debe actuar con estricta objetividad frente a la aplicabilidad de sanciones de quienes resulten ser responsables de una infracción penal, y es ahí cuando tiene el deber de hacer uso del principio de lesividad.

Según Parra, el principio de lesividad como “fuente de sanción limita la arbitrariedad del poder punitivo y del operador jurídico, consistente en declarar la prohibición de establecer penas o sanciones que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado”.⁷⁵ Es por eso que el juicio de lesividad en el derecho penal ecuatoriano debe guardar una irrestricta relación con cuál es la real necesidad de protección de bienes jurídicos protegidos, donde previo al procesamiento de una presunta noticia *criminis*, entre ellos la verificación de esa afectación al bien jurídico protegido.

Siendo en este punto donde se conjugan los principios de lesividad, mínima intervención penal y de proporcionalidad, para crear un juicio de lesividad y determinar si la afectación a un bien jurídico la activación del aparataje de control tendiente. Se propone, de esta forma, la creación indispensable de un juicio de lesividad donde se observen parámetros reales, verificables y cuantificables de la efectiva posibilidad de vulneración del bien jurídico protegido para que la administración de justicia intervenga. El caso que interesa a esta investigación se lo analizará desde la aplicabilidad del juicio de lesividad en el delito de peculado, que tomará en consideración parámetros como verificación del bien jurídico protegido, verificación del principio de legalidad, del principio de proporcionalidad y del principio de igualdad.

3.1. Verificación del bien jurídico protegido

Lascuraín Sánchez afirma que desde el apareamiento del concepto de bien jurídico, desde hace poco menos de dos siglos, se han conformado dos teorías alrededor del mismo: una de ellas de carácter formal, metodológica y dogmática, y otra que se ha

⁷⁵ Frank William Parra, “Principio de lesividad en ámbito sancionatorio tributario colombiano”, *Principia Iuris*, n° 20 (2013): 56.

clasificado como material, liberal, crítica, político-criminal y que trasciende al sistema.

El autor establece que:

No se trata en realidad, de dos teorías sobre un mismo concepto, sino de dos teorías que definen y desarrollan dos conceptos diferentes, pero con un mismo significante (bien jurídico). Resulta por ello que no se trata entre ambas corrientes de elegir la mejor teoría del bien jurídico, aquella que sea útil para entender o para conformar el ordenamiento. De lo que se trata, a la vista de que son teorías sobre objetos distintos, es de distinguir las nominalmente y de evaluarlas, no en función de su imposible comparación, dada su heterogeneidad, sino de su aptitud para alcanzar las funciones que pretenden.⁷⁶

Al considerar ambas teorías sobre bien jurídico de forma separada se concluye que los dos conceptos que contiene son necesarios, puesto que el derecho como ciencia que norma la convivencia de los individuos en sociedad precisa de una noción que señale el objeto inmediato que protege la norma penal; en segundo lugar, se necesita de un concepto que exprese los fines de protección que persigue -legítimamente- la norma penal. Además de la teoría que explique la noción, se requiere también de otra que, partiendo de pautas valorativas, establezca determinados bienes como valiosos y condicione las normas jurídico-penales a la eficiente protección de los mismos.

La dualidad de conceptos bajo una misma denominación, manifiesta Lascuraín Sánchez, hace que algunos notables teóricos, que tampoco distinguen mucho sus concepciones de lo que es y lo que debe ser el derecho penal, hagan afirmaciones tan antitéticas como -por ejemplo- que toda norma penal protege un bien jurídico, que la lesión de ese bien es la esencia misma del delito, y que toda norma penal tiene como razón de ser la protección de un bien jurídico. De estas concepciones, asimismo, obtienen la conclusión de que existe un principio político-criminal que se ocupa exclusivamente de la protección de los bienes jurídicos.

Curiosa paradoja la que deba ser lo que es necesario. Y es la indiferenciación semántica reseñada, unido a la labilidad, por su carácter altamente abstracto, del concepto dogmático y del concepto político-criminal de bien jurídico, las que hicieron que Wetzel afirmara que “quien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico no se libra de una considerable desazón (...) El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza.”⁷⁷

⁷⁶ Juan Lascuraín Sánchez, “Bien jurídico y objeto protegible”, *ADPCP*, vol. LX (2007): 120.

⁷⁷ *Ibíd.*, 121.

El autor, con el ánimo de afrontar la desazón de la investigación entre lo protegido y lo protegible por el derecho penal, parte de una diferencia semántica, ya que en su opinión a la expresión bien jurídico debería usarse de forma exclusiva para referirse al concepto dogmático, que comunica o informa lo protegido por la norma penal y a continuación nomina el objeto de protección de la misma.

Creo que el primer paso para conseguir una teoría mínimamente sólida del bien jurídico es del diferenciar terminológicamente lo protegido y lo protegible. Sin tal diferenciación léxica nos arriesgamos a un diálogo dogmático o político yermo. En esta tarea distintiva, en esta nominación, considero que debería reservarse la expresión 'bien jurídico' para el primero de los conceptos, para lo protegido. Ello por razones principalmente semánticas, pues de semántica es de lo que se trata, pero también por argumentos genéticos y legales que corroboran las razones semánticas. Al segundo objeto, a lo protegible, cabe también referirse con la locución, objeto protegible, o si se desea acentuar que el objeto es valioso para quien utiliza la expresión, bien protegible.⁷⁸

El argumento semántico que propone este autor no precisa de demasiadas explicaciones, puesto que el término bien hace referencia a una valoración positiva, y el vocablo jurídico se refiere al objeto y a la forma de dicha ponderación. Entonces, de acuerdo a la argumentación de Lascurain Sánchez, cuando se habla de un objeto susceptible de protección penal, no es correcto denominarlo 'bien jurídico', porque realmente es un bien judicial.

Díez Ripollés ubica la noción de bien jurídico en la profundización de la idea de antijuridicidad material frente a la antijuridicidad formal que caracteriza al más estricto positivismo jurídico, que se ha configurado como un instrumento técnico-jurídico de fundamental importancia en la determinación de los presupuestos esenciales de los tipos penales. Mediante este concepto se dota al derecho penal de un catálogo de bienes que poseen las cualidades para activar los principios de la intervención penal, especialmente el de lesividad, y, asimismo, capaces de configurar a su alrededor preceptos que describen conductas que los dañen o pongan en riesgo.

En consecuencia, se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran

⁷⁸ *Ibíd.*, 123.

conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.⁷⁹

No obstante, aunque el bien jurídico como concepto surgió en el ámbito práctico del derecho, donde, asegura el autor, desempeña una función trascendente en la interpretación teleológica, pese a su sometimiento a los principios de legalidad y seguridad.

Algunos autores, sin embargo, han cuestionado el concepto de bien jurídico debido a que admite en su contenido objetos de protección que Díez Ripollés reputa como puramente ideales, de tal forma que ponen en duda la utilidad de su metodología en el marco de un derecho penal que intenta con énfasis vincular sus decisiones de tutela a daños sociales efectivos.

La crítica precedente no capta, a mi juicio, la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su *materialidad*: Sin duda todo bien jurídico, en cuanto *juicio de valor* positivo sobre una *situación o relación de la realidad social*, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales.⁸⁰

Esas relaciones de la realidad social son la sustancia del bien jurídico, la misma que sufre un cambio cuando se habla de él en términos generales, ya que se lo desvincula de sus formas concretas de manifestación. Estas formas son materiales.

Existen varios conceptos de bien jurídico, Kierszenbaum afirma que varios autores se han ocupado del tema, debido a que el bien jurídico es uno de los conceptos más difíciles de definir de todos los que conforman la ciencia penal. Este autor, siguiendo a Von Liszt, lo conceptúa como de interés vital para la convivencia de los individuos en la sociedad, por tanto, el bien jurídico puede entenderse como un:

- a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que este los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos;
- b) la referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible la idea de que existan intereses universales y eternos;
- c) la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento jurídico nos lleva a preguntarnos qué rama del ordenamiento jurídico es la que “crea” los bienes jurídicos, es

⁷⁹ José Luis Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, n. ° 30 (1997): 17.

⁸⁰ *Ibíd.*, 71.

decir, la que reconoce intereses fundamentales, ¿lo es el derecho penal? La respuesta es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma.⁸¹

De este modo, los intereses vitales han de interpretarse, siguiendo a Kierszenbaum, como elementos fundamentales para la vida de las personas en sociedad; asimismo, estos cambian de acuerdo al espacio geográfico y a la época en la que se los estudia; finalmente, el derecho no tiene entre sus funciones crear bienes jurídicos, le compete la protección de los mismos.

Los bienes jurídicos, según Urquizo Olaechea, también se clasifican en individuales y colectivos, pues los procesos de participación en una sociedad impiden que se sostenga una idea íntegramente individual del bien jurídico:

Casos como los delitos contra la fe pública confirman este aserto. En la falsificación de documentos en general, se protege los mínimos de veracidad en el tráfico jurídico, la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan o desde la perspectiva de la teoría personalista del bien jurídico, que considera que las falsedades documentales no como delito contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios.⁸²

Los procesos de participación a que alude el autor, de esta manera, muestran realidades que superan el plano de lo individual, los intereses o bienes colectivos representan a la sociedad y pueden tornarse objeto de tutela penal, por tanto, son bienes jurídicos colectivos.⁸³

Considerando lo ya visto sobre el bien jurídico, el objeto de protección del mismo, al tipificar el peculado como un delito de corrupción el legislador busca la protección de la eficiencia de la administración pública. Junto a su creación nace la interrogante de establecer si este es un ilícito penal o un ilícito administrativo, que se establecerá a través de Fiscalía, teniendo como indicador -ya no como requisito- los informes de indicios de responsabilidad penal o de una sanción administrativa sobre los actos del funcionario público implicado, que serían las acciones ilícitas de indebida administración pública en

⁸¹ Mariano Kierszenbaum, "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas", *Lecciones y Ensayos*, n.º 86 (2009): 198.

⁸² José Urquizo Olaechea, "El bien jurídico", *Cathedra*, n.º 2 (1998): 109.

⁸³ Los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por tener una función o utilidad para la sociedad en su conjunto, "lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros". Susana Soto Navarro, "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", *ADPCP*, vol. LVIII (2005): 888.

acciones -previamente normadas- de eficiencia y efectividad del sistema contractual público.

Manes sostiene que el debate y la reflexión en torno a la necesaria reforma de los delitos cometidos contra la Administración es una constante del derecho penal, y no solo del italiano:

Desde la aparición de la corrupción como fenómeno ‘sistémico’, a la consideración siempre creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio), las problemáticas están, sin embargo, casi exclusivamente enfocadas desde una perspectiva de política criminal, y las opciones avanzadas de reforma reflejan limitaciones a menudo sometidas a exigencias represivas; lo que, a su vez, no permite siempre una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia. Entre estas opciones destaca principalmente aquella que debería guiar una reforma de los tipos penales que tutelan la Administración pública: la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el *bien jurídico*.⁸⁴

El presupuesto del que se parte es limitativo, pues -a la vez- que las líneas de la reforma deberían estar dirigidas a abandonar la concepción exclusivamente abstracta del bien jurídico (en el sentido de genérico) en favor de una noción -en la medida en que sea posible- individual y particular del objeto que se tutela con cada tipificación penal, ello permitiría clarificar los intereses tutelados, ponderar las lesiones y determinar una pena que esté de acuerdo con los daños.

A decir de Manes:

O sea, debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría -objeto jurídico ‘en vulgar definición’, que a menudo no es más que una paráfrasis de criterios sobre los que se querría fijar la misma función administrativa- y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.⁸⁵

Esta postura, con la que se está de acuerdo, implica ciertas ganancias en el tema, pues una escalonada concreción del bien protegido permitiría pasar de la visión formalista que se basa en principios generales, a una que se sustenta sobre medidas más concretas de los diversos grados de la ofensa.

⁸⁴ Vittorio Manes, “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 1 (2000), http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html.

⁸⁵ *Ibíd.*

Centrando el análisis en el tema de tesis, se puede observar que con los conceptos empleados el bien jurídico de un delito de peculado que está determinado en la eficiente Administración pública requiere que al momento en que el fiscal pretende imputar este delito debe hacerlo desde la perspectiva de la existencia de una participación delictual del funcionario público, estableciendo si esta conducta es realmente grave como para afectar a un bien jurídico protegido como el mencionado, ya que existirán casos donde la lesión no sea lo suficientemente fuerte como para que se haga preciso activar el aparato estatal.

En esta línea de ideas, la Constitución en el Ecuador, en lo relativo al desempeño y ética de sus servidores, quienes tienen como deber supremo custodiar el bien jurídico que es la eficiencia de la administración, establece en el artículo 233 que ningún funcionario público está exento de asumir las responsabilidades que se deriven del ejercicio de sus funciones. Asimismo, la responsabilidad es civil y penal en cuando al manejo de fondos o recursos, bienes y recursos públicos, así, el segundo párrafo de este artículo determina que:

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.⁸⁶

El artículo original quedaba hasta allí, pero en la consulta de febrero de 2018, en la reforma se adicionó el siguiente párrafo:

Las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución.⁸⁷

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 233.

⁸⁷ Artículo sustituido por reforma aprobada en el referéndum y consulta popular de 4 de febrero del 2018, dada por Resolución del Consejo Nacional Electoral n. ° 1, publicada en Registro Oficial 180, Suplemento, 14 de febrero del 2018.

El bien jurídico que lesiona la comisión de alguno de estos delitos es el buen funcionamiento de la Administración pública, los caudales públicos tienen aquí una importancia secundaria, la principal afectación es la confianza que se tenía en el funcionario a quien se le ha otorgado potestad para manejar los recursos públicos.

3.2. Verificación del principio de legalidad

Welzel afirma que la versión originaria del principio de legalidad decía que a “una acción solo puede imponérsele pena cuando esa pena está legalmente determinada, antes de haber sido ejecutada la acción”.⁸⁸ Esto implicaba tres cosas: que solo una ley puede establecer que determinada acción es delito (*nullum crimen sine lege*, no hay crimen sin ley), que solamente la ley puede fijar una pena para un delito (*nulla poena sine lege*, no hay pena sin ley) y que tanto la tipificación como la sanción deben haber sido estipuladas antes de que la acción haya tenido lugar.

Gómes localiza su origen en el derecho romano, aunque recuerda que otros lo sitúan en la Magna Carta libertatum del rey inglés Juan Sin Tierra, de 1215.⁸⁹ Welzel está en desacuerdo y afirma que:

El principio *nulla poena (nullum crimen) sine lege* no es un principio del derecho romano. Ante todo fue ajeno a la época del imperio romano y al derecho de Justiniano con sus *Crimina extraordinaria* y sus conceptos delictuales amplios, casi ilimitados. Tampoco corresponde al extremo derecho penal de voluntad romano, que regía para los *delicta publica* y no conocía distinción alguna entre preparación, tentativa y consumación, es decir, ninguna clase de tipicidad.

Fue desconocido también por el derecho germano-alemán antiguo. Ciertamente se puede decir que se acerca más al derecho penal germano (como derecho penal de hecho), que al derecho penal romano de voluntad. Aquel aspiró siempre a tipos de delito firmes y claros. Sin embargo, siempre se pudo penar de acuerdo con el derecho consuetudinario, ya que faltó el presupuesto del principio *nulla poena sine lege*: es decir, la legalidad estatal. Esto vale también para la Carta Magna de 1215.⁹⁰

En desacuerdo con ambos autores está Jescheck, para quien el auténtico fundamento histórico del principio de legalidad se encuentra en la teoría del contrato social de la Ilustración (siglo XVIII y primeros años del siglo XIX).⁹¹

⁸⁸ Hans Welzel, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Depalma, 1956), 25.

⁸⁹ Luiz Flavio Gómes, “El principio de legalidad y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la *lex populi*”, en Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Marino Barbero Santos, *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. I (Cuenca / Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha / Ediciones Universidad Salamanca, 2001), 1028.

⁹⁰ Welzel, *Derecho penal. Parte general*, 26-7.

⁹¹ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, vol. I (Barcelona: Bosch, 1981), 177.

Para Gómes el principio de legalidad (también conocido como reserva de ley) significa que solamente el legislativo tiene el poder de “decidir lo que resulta punible, estableciendo los preceptos primario -descripción típica- y secundario -sanción penal-, tiene como fuente principal de inspiración la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu”.⁹² A partir de entonces se tornó inadmisibles que el poder ejecutivo pudiera definir los delitos e imponer las penas, ya que es función exclusiva del legislador, único representante autorizado por el pueblo.

Pérez Portilla sostiene que:

En efecto, el principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.⁹³

De esta manera, y siguiendo a la autora, el principio de legalidad es la principal exigencia de todo Estado de derecho.

Islas Montes analiza el principio de legalidad en los tres poderes del Estado (o divisiones del poder político). Sostiene que para el poder ejecutivo las normas, tanto las objetivas como las sustantivas son de plena ejecución:

Es en este poder donde la aplicación del principio debe ser total, absoluta, en estricto apego al principio; es aquí donde la mejor expresión del principio se completa, porque si “la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite”, en cualquier sentido es plenaria en el Poder Ejecutivo. La razón estriba en que es el Poder Ejecutivo el encargado de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven.⁹⁴

El poder ejecutivo tiene la obligación suprema de cumplir las normas (igualmente las adjetivas que las sustantivas) porque es el encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes del ordenamiento jurídico.

⁹² Gómes, “El principio de legalidad y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la *lex populi*”, 76.

⁹³ Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas* (Ciudad de México: UNAM, 2004), 54-5.

⁹⁴ Roberto Islas Montes, “Sobre el principio de legalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XV (2009): 103.

En cuanto al principio de legalidad en el poder legislativo, en el que se tienen normas de creación y derogación de leyes:

No encontramos que este poder tenga relación con normas sustantivas; ni las aplica ni las ejecuta. Su función consiste en la producción de expresiones con contenidos normativos -agrupadas en leyes o en reformas al ordenamiento supremo- que tienen sustento en el derecho positivo, el derecho comparado, la costumbre y en los hechos sociales que necesitan ser regulados, en las que subyace la voluntad nacional o voluntad soberana, lo que Montesquieu llamó “la voluntad general del Estado”.⁹⁵

Este poder también aplica de manera estricta el principio de legalidad, debido fundamentalmente a que entre sus funciones se encuentran la creación, reforma y derogación del ordenamiento jurídico de la nación; pero, además, le compete aplicar estrictamente el principio de legalidad debido a que de que lo haga depende la validez de su creación.

En el poder judicial todas las normas, tanto las sustantivas como las adjetivas, requieren de aplicación plena, y ello se debe a que esta función es la encargada de observar y hacer observar la Constitución y las demás leyes:

En lo particular, la aplicación del principio en cuanto a normas adjetivas del proceso judicial debe ser total, absoluta, plenaria, en estricto apego a él; aquí también la mejor expresión del principio toma completitud. En cuanto a las normas sustantivas, el principio le rige casi plenamente; la razón particular es que en los ordenamientos supremos de cada Estado encontramos alguna norma que lo obliga a resolver no conforme a ley sino conforme a derecho o en justicia, o aplicando principios de derecho o jurisprudencia técnica en los que, si bien subyace lo que es *conforme a derecho*, no en todos ellos tiene la misma amplitud; todo dependerá de lo que en ese Estado particular se entienda por justicia o derecho, los principios a que se refiera o el contenido de la jurisprudencia técnica.⁹⁶

Cuando a un juez le ponen un caso a su consideración, este acude primero a la norma, a la ley, la fuente del derecho, y reescribe la norma. El motivo de ello está en que en los textos jurídicos las normas no están redactadas en la forma adecuada, por ello el jurista tiene que interpretar los textos legales para extraer las normas jurídicas.

En el Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir de 2014, establece que las infracciones contra el Estado, como “genocidio, lesa humanidad,

⁹⁵ *Ibíd.*, 105.

⁹⁶ *Ibíd.*, 107.

crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales”,⁹⁷ no prescriben.

Asimismo, este código tipifica en su artículo 278 el delito de peculado como la acción de quienes trabajando para el Estado “en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”.⁹⁸

La Fiscalía es la que, luego de la recopilación de pruebas, deberá establecer si el actuar hipotéticamente ilegal del funcionario público se encuentra tipificado en la normativa.⁹⁹ Así se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal (artículo 5), donde se refiere al principio de legalidad como todo acto previamente tipificado en la ley como delito penal para poder ser juzgado.¹⁰⁰ Como parte de este principio de legalidad, se deberá comprobar que se la acción afecte al bien jurídico protegido, pues este, es parte del tipo penal, también reconocido por la norma.

3.3. El principio de proporcionalidad en el juicio de lesividad

Con el principio de proporcionalidad se busca equilibrar la respuesta ante el perjuicio del bien jurídico protegido, con las garantías judiciales que la Fiscalía determine en la investigación, estableciendo si es necesario o no que se active el aparato judicial, buscando alternativas de solución con procedimientos menos perjudiciales y costosos para el funcionario a ser investigado.

⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 14, numeral 4.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 272.

⁹⁹ “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195.

¹⁰⁰ Se tipifican nuevas conductas penalmente relevantes adaptadas a las normas internacionales. Se introducen nuevos capítulos como, por ejemplo, el que se refiere a los delitos contra la humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos. En otros casos, cuando en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador se establecen tipos penales abiertos y poco precisos, se han diseñado los tipos penales considerando las garantías constitucionales, la efectividad del combate del delito y la precisión en elementos de la tipicidad. Por primera vez se tipifican infracciones como la omisión de denuncia de tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual en conflicto armado. Desde esta perspectiva, se honran compromisos internacionales y además se cumple con el postulado que, en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen vigencia en el sistema jurídico infraconstitucional.

El principio de proporcionalidad es un “criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la aplicación judicial de los derechos fundamentales”.¹⁰¹ Esta es una fase evaluatoria que permite, previo al inicio de una acción que conlleve una sanción penal, verificar que no se atente en contra de los derechos fundamentales de los individuos sin una justificación suficiente.

La proporcionalidad implica que, si no hay daño no hay delito, si el delito no es muy grave, eventualmente no es relevante o merece menos pena, si es muy grave, más pena. siendo el bien jurídico protegido la administración, debe analizarse, en cada caso, cuál fue el daño causado para imponer una sanción.

Lamentablemente en el Ecuador se han presentado varios casos en los que no se ha dado cumplimiento a las normativas de contratación pública sin producir la existencia de ningún daño material. Sin embargo, se ha buscado atentar en contra del derecho a la libertad del funcionario involucrado a través de una sentencia con pena privativa de libertad antes de esclarecer los hechos, lo que va en contra de las garantías del debido proceso que constan en la Constitución.

Esto, porque en el país estos temas se relacionan con la opinión mediática, con la que los gobernantes quieren congraciarse para así seguir siendo receptores de sus votos, ya que en la actualidad los delitos de corrupción de funcionarios públicos atraen la atención de los medios de comunicación, generan debates y determinan posicionamientos de diversos sectores sociales.

Es decir, que en muchas ocasiones se apresura a un sospechoso de estar implicado en un delito de peculado solo por unos mínimos indicios, sin que se haya probado ni lesión ni afectación al bien jurídico, pero se lo hace para beneplácito de la oposición política y de las masas azuzadas por el juego de quienes no están en el gobierno.

3.4. El principio de igualdad en el juicio de lesividad

Según considera Pérez Portilla:

La idea de que el principio de igualdad ante la ley se reduce a una aplicación de la ley tal y como está descrita y sin consideraciones de ningún tipo, identifica el principio de igualdad ante la ley con aquel de legalidad. En efecto, el principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el

¹⁰¹ Carlos Pulido Bernal, *Principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 2003), 31.

derecho en vigor, esto es el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho.¹⁰²

Dicho de otra manera, pero siguiendo a la autora, todo acto o procedimiento jurídico que ejecuten las autoridades estatales debe apoyarse estrictamente en una norma legal, la misma que debe estar de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Constitución.

El principio de igualdad no necesita argumentos para funcionar como tal, este no se limita únicamente al derecho penal y axiológicamente implica el ser incluido en tratados internacionales, textos constitucionales y normas secundarias. La teoría que vincula la igualdad con la justicia es la teoría de la justicia desarrollada por John Rawls en un libro publicado en 1971, en el que propone que la idea principal de la teoría de la justicia es la igualdad, a la que vincula al contrato social originario, al que se han referido autores como Locke, Rousseau y Kant:

Para lograrlo no debemos pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse.¹⁰³

A este modelo lo llama Rawls justicia como imparcialidad, en ella la posición de igualdad es la tradicional, la del estado de naturaleza del contrato social original, que se considera aquí como una situación hipotética, representada de tal forma que lleva a cierta noción de justicia. Esta situación a la que alude el autor tiene como rasgo fundamental que nadie sabe cuál es su posición clase o estatus social, o capacidades innatas como los talentos o la inteligencia. De este modo, postula que los principios de la justicia precisan de un velo de ignorancia, esto es lo que garantiza que los resultados del azar no darán a ningún individuo ni ventajas ni desventajas. Y de ahí la venda que lleva en los ojos la dama que representa a la justicia.

¹⁰² Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, 54-5.

¹⁰³ John Rawls, *Teoría de la justicia* (Harvard: Harvard University Press, 1979), 24.

Por lo que el derecho a la igualdad requiere ser concordante con otros objetivos y -por ende- en el sistema jurídico la situación tiene que ser concreta, por tanto, no es un valor que requiere ser compatible con otros fines, para ello dependerá de la situación en concreto, por lo que no puede colegirse de ninguna ley general.¹⁰⁴ Por lo que el tema de estudio se enfocará en el principio de igualdad como garantía de los derechos de los sujetos procesales en el proceso penal, que está estrechamente relacionado con la justicia.¹⁰⁵ Rawls sostiene que la teoría de justicia no es válida si con ella las personas se favorecen o se dañan como consecuencia de situaciones externas que se encuentran fuera de su control. Esta teoría es direccionada de una forma moral en donde hay situaciones fuera del control del individuo, y otras en las cuales tiene completa responsabilidad, por lo que el autor concluye que un sistema institucional debe ser justo a través de la igualdad.

Cuando en el proceso penal se presenta un beneficio o un perjuicio para una de las partes, esto es un vicio de juicio del órgano jurídico y, por ende, se constituye en desigualdad, de tal forma que no se puede hablar de jurisdicción penal. De acuerdo al contexto, se puede indicar que el proceso penal es un eje importante en la adjudicación de justicia, pues la decisión carecerá de legitimidad sin igualdad.

Fernández González sostiene que, en su vertiente jurídica, la igualdad tiene dos rasgos que la singularizan: “en primer lugar el supuesto que implica la relación o conexión de dos o más entidades con el objeto de compararlas, y con ello estar en posibilidades de apreciar sus semejanzas y diferencias; en segundo lugar, que exista una aplicación a un caso concreto respecto a dicha relación, pues de lo contrario se carecería de contenido”.¹⁰⁶ La igualdad en el proceso penal comprende de igualdad ante la ley e igualdad entre las partes. Por tanto, en el planteamiento del juicio de lesividad, el ciudadano investigado cuenta con que el principio mencionado como uno de los soportes para que la administración admita su petición y revise su posición, previo a un proceso penal innecesario.

3.4.1. La igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley tiene su origen en la ya citada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que hicieron los franceses en la revolución de 1789, cuyo

¹⁰⁴ Isaiah Berlin, *Conceptos y categorías* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1983), 169.

¹⁰⁵ Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política* (Barcelona: Paidós, 2013), 40.

¹⁰⁶ Miguel Ángel Fernández González, *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2001), 19.

primer artículo rezaba: “Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles solo podrán fundarse en la utilidad pública”.¹⁰⁷

A mediados del siglo XX la Organización de las Naciones Unidas, en su Declaración Universal de los Derechos Humanos (el texto jurídico no vinculante más influyente del mundo), establece en su artículo primero que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. No obstante, es preciso aclarar que los derechos de los ciudadanos dependen de lo que el Estado positiviza en las naciones democráticas, puesto que en los regímenes totalitarios y teocráticos estos no existen.

Pérez Portilla, por su parte, asegura que igualdad es un vocablo que afronta una gran carga retórica, tal es así que se ha convertido en eslogan político en los últimos siglos.

Por lo menos desde la Revolución francesa, la igualdad ha sido uno de los ideales políticos más importantes y quizá sea hoy en día uno de los ideales sociales más controvertidos. Una primera controversia tiene que ver con lo que ha de entenderse por igualdad; una segunda tiene que ver con la relación entre “la igualdad y la justicia”; y finalmente, un problema más es el de su extensión, esto es, la determinación de “igualdad de qué” e “igualdad entre quienes”.¹⁰⁸

En su sentido etimológico, el término igualdad indica una relación cualitativa. Esto quiere decir correspondencia entre diferentes objetos, personas, procesos o situaciones cuyas cualidades coinciden en algo, no en todo, lo que implica que es necesario que converjan en algún aspecto. Sobre igualdad ya hablaban los filósofos griegos Platón y Aristóteles, este último sostuvo en su libro *Política* (libro cuarto, capítulo XIII, “De la igualdad y de la diferencia entre los ciudadanos en la ciudad perfecta”) que “parece ser que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Asamblea Nacional Constituyente, “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano”, 26 de agosto de 1789.

¹⁰⁸ Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, 7.

¹⁰⁹ Aristóteles, *Política* (Madrid: Ediciones Patricio de Azcárate, 1873), 219.

Debe interpretarse que lo que es igual debe tratarse igual, lo desigual de forma desigual. Lo que queda claro de esta cita del filósofo griego es que igualdad y justicia son sustantivos sinónimos. Pero, ¿cómo se conectan la igualdad y la justicia en la normativa contemporánea? Pérez Portilla sostiene que la respuesta puede hallarse en la llamada fórmula de la igualdad:

La fórmula “los iguales deben ser tratados igual” encierra dos componentes:

1. La determinación de que dos personas son iguales; y
2. El juicio de que tienen que ser tratadas igual.

El componente determinante es el primero. Una vez que se determina que dos personas son iguales, se sabe cómo es que deben ser tratadas. Para entender por qué es así, se debe saber de qué tipo de determinación se trata. Tiene que saberse con precisión lo que significa decir para los propósitos de la igualdad lo que significa que dos personas sean iguales.¹¹⁰

La parte controvertida de estas afirmaciones la ve la autora en que la proposición “las personas que son iguales” no tiene correspondencia en la realidad, puesto que no es posible que dos personas sean idénticas ontológicamente. Y respecto a “las personas que son iguales”, es tan ampliamente abarcativa que termina en una pretensión absurda: todas las personas deben tratarse igual porque todas son iguales; pero esta igualdad esta es ante la ley. Por otra parte, Pérez Portilla asume que esta última proposición puede significar que las personas son iguales en algún aspecto importante en particular. Un ejemplo de esto sería la nacionalidad:

Sin embargo, las categorías de objetos jurídicamente iguales no existen naturalmente, la igualdad jurídica se establece únicamente cuando se definen las categorías. Decir que las personas son iguales es, por tanto, articular un estándar jurídico de tratamiento un estándar o regla que especifica cierto tratamiento para ciertas personas, por referencia a lo que son y a la manera en que en consecuencia deben ser tratadas.¹¹¹

Una vez establecido lo que es la igualdad, es importante determinar cómo es el trato en este sentido. Aquí un ejemplo gráfico sirve a este objetivo: no se puede tratar igual a los pacientes diabéticos que a los que padecen insuficiencia coronaria. Ello es así porque los iguales deben ser tratados igual, pero solo en lo que tiene que ver con ese aspecto, puesto que puede haber otros muchos en los que sean diametralmente opuestos. Como dice Pérez Portilla: “Aquellos que rinden declaraciones fiscales iguales tienen que

¹¹⁰ Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, 8.

¹¹¹ *Ibíd.*, 10.

pagar los mismos impuestos, pero si sufren diferentes enfermedades deben seguir distintos tratamientos médicos. De otra forma, el tratamiento igual no soportaría las consecuencias”.¹¹²

La igualdad ante la ley es la base del sistema de administración de justicia de todos los países democráticos del planeta, Díaz García afirma que no es difícil coincidir en que este principio es uno de los pilares de la organización política y jurídica de las naciones contemporáneas, al tratarse de un principio recogido por varios instrumentos internacionales y por las constituciones nacionales de los países de regímenes democráticos. De este modo, el concepto de igualdad es ampliamente aceptado por los organismos jurisdiccionales internacionales y nacionales, no obstante:

Desde el punto de vista conceptual, la igualdad en el contenido de la ley constituye un mandato al legislador y consiste en que las prescripciones del Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales. La igualdad en la aplicación de la ley, por su parte, se refiere a la noción clásica de igualdad direccionada hacia el juzgador. Consiste en que el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual.¹¹³

Es innegable, sin embargo, que la noción básica de igualdad en cuanto a la misma aplicación de la ley presenta algunas imprecisiones. Estas exigen, por una parte, dilucidar qué es la igualdad y la desigualdad, o más exactamente, cuándo algunos elementos son iguales y cuándo son desiguales. Por otra parte, la norma debe aclarar al juzgador el contenido de la disposición de tratar de la misma o diversa forma, según sea igual o desigual.

Pérez Portilla asegura que en sus orígenes el principio de igualdad ante la ley pretendía romper con un pasado en el que la misma organización que elaboraba la ley estimulaba la desigualdad de las mayorías, entre ellos el Estado absolutista y el feudal. Este principio de igualdad ante la ley viene a rechazar privilegios y exenciones y somete a todos los miembros de la sociedad al mismo ordenamiento jurídico. Es decir, la regulación igualitaria determina el fin del privilegio. “Así concebido, este principio está llamado a garantizar una aplicación idéntica de la ley sin consideración de quien se trate y así reducido a un imperativo de igualdad ante la ley, la igualdad puede confundirse con

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Iván Díaz García, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, *Revista Ius et Praxis*, n. ° 2 (2012): 47.

el principio de legalidad porque la actuación de los poderes públicos se limitará a lo que las leyes dispongan”.¹¹⁴

En la norma suprema ecuatoriana la igualdad es, asimismo, un principio y una garantía, puesto que igualdad ante la ley se refiere a ser sometido a un proceso en donde el juzgador esté libre de prejuicios aplicando una correcta objetividad judicial, para evitar que a ninguno de los sujetos en el proceso penal se le discrimine ya sea por origen racial o regional, género, edad, discapacidad, situación social, estado de salud, credo religioso, preferencia sexual, estado civil o alguna otra condición que vulnere la dignidad humana y busque deteriorar los derechos y las libertades de las personas.

En el juicio de lesividad la igualdad ante la ley, garantizada en la Constitución, se vulnera cuando no se respeta la presunción de inocencia del funcionario público implicado en un proceso y se permite hacer diversas conjeturas en los medios de comunicación, dañando la reputación del individuo antes de la sentencia, puesto que una vez que esta determina que no existe responsabilidad de su parte, los medios de comunicación no hacen un seguimiento riguroso de las noticias y rectifican una información inicial errónea.

3.4.2. Igualdad entre las partes

La igualdad entre las partes es un principio del proceso penal que dentro del procedimiento penal tiene por objetivo otorgar igualdad de oportunidades para participar, proponer, concretar y despejar las pruebas, para de esa forma poder debatirlas e impugnarlas a través del principio de contradicción y el derecho a ser escuchado.

Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.¹¹⁵

Al presentar las pruebas de forma oral se hará uso de los medios técnicos para dejar testimonio de las actuaciones procesales,¹¹⁶ al responder a los argumentos y pruebas

¹¹⁴ Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, 49.

¹¹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 5, numeral 5.

¹¹⁶ *Ibíd.*, numeral 11. “Oralidad. el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código”.

de la parte contraria las partes expresarán de forma verbal sus argumentos para justificar o contradecir las pruebas de la otra parte.¹¹⁷ Este principio de contradicción los sujetos lo pueden desarrollar en un marco de garantías, permitiéndoles que la valoración que resulte en la resolución del caso sea objetiva que no genere indefensión ni tampoco vulneración de derechos.¹¹⁸

El principio de contradicción proviene de la expresión latina *audiatur et altera pars*, que traducido significa oígaese también a la otra parte. Es uno de los principios generales del derecho, se origina en una época muy antigua, esto lo demuestran los escritos de los griegos Eurípides, quien en *Las heraclidas* se preguntaba:

¿Quién podría decidir una causa sin haber escuchado a las dos partes?, o como Aristófanes, quien en *Las avispas* afirmaba que sabio es en verdad quien dijo: no se debe juzgar antes de escuchar a las dos partes. Se atribuye a Foclídes de Amileto la siguiente frase: antes de haber oído a una y otra parte, no se debe dar sentencia sobre su litigio, ya que el proceso penal, en un sistema acusatorio, está dotado de garantías constitucionales; está presidido por la idea de debate, de controversia, de conflicto de intereses y lucha de contrarios. Por lo que se puede aducir, que el proceso es una actividad donde las partes tienen por objetivo velar por los intereses que representan.¹¹⁹

Loutayf Ranea asevera que al principio de contradicción también se lo conoce como principio de bilateralidad de la audiencia, o principio de controversia, va a depender de cuál sea el término que arraigue en la sociedad: “Hay quienes precisan que el principio se denomina de “bilateralidad” de la audiencia. Pero el mismo da lugar a la utilización del método del contradictorio como el más conveniente para el descubrimiento de la verdad y el oportuno dictado de una sentencia justa”.¹²⁰

De cualquier forma que se lo mocione, dice Couture de este principio, consiste en que, “salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda esta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición”.¹²¹

Ruiz Medina y Ponce Gómez consideran que el menoscabo de este principio afecta al proceso mismo y compromete el principio de trascendencia de la sentencia, porque esta se fundaría en actuaciones viciadas de nulidad.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Christian Hernández Aguirre, “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio”, *Prospectiva*, n. ° 5 (2015): 58.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Roberto Loutayf Ranea, “Principio de bilateralidad o contradicción”, *La Ley*, n. ° 4 (2011): 34.

¹²¹ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Depalma, 1993), 183.

Visto así, el principio de contradicción está integrado por la manifestación de otros, a saber: el de igualdad y de la inviolabilidad de la defensa. Si son conculcados estos principios, la *contradictoriedad* será solo aparente, pues, el debate estaría menoscabado en su fundamento -con visos de convertirse en monólogo-, de tal suerte, que la misma sentencia adolecería de aquel grave sesgo de parcialidad. En suma, el juicio estará privado de legitimidad.¹²²

Palacio, por su parte, sostiene que el de contradicción es aquel principio que “prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella”.¹²³ Se debe a que la decisión judicial debe ser el resultado del proceso judicial, entendido este como un debate dialéctico y pacífico entre las partes intervinientes, donde por medio de la presentación de pruebas y la manifestación de argumentos de las partes el proceso penal busca estructurar un proceso en el que se aplique el principio de oralidad con el cual se pueda valorar la prueba que muestre la verdad de los hechos.¹²⁴

Es al momento del proceso en donde las partes presentan oralmente su réplica, hay equidad, respeto a los derechos y atributos de los sujetos, desarrollándose como un diálogo abierto entre todos los intervinientes, presentándose acciones, reacciones, ataques, contra ataques respetándose la bilateralidad en donde se utiliza el diálogo.

Así, es fácil concluir que para que el principio de la igualdad se aplique en el proceso penal, se requiere de la contradicción, pues así los sujetos expresan su punto de vista, se defienden y conocen el punto de vista del contrario pudiendo debatirlo; además conocerán lo que esperan como solución del caso, la posición que asume cada uno de los sujetos y la audiencia se desarrollará ante la equidad de los sujetos que son escuchados imparcialmente.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos anteriores, es necesario que el aparataje judicial conozca los sujetos procesales, todas las pruebas practicadas que permiten clarificar al proceso, dando objetividad a lo realizado con medios de convicción reales y mecanismos verdaderos. Dejando a todos los sujetos procesales con la facultad de confrontar y debatir los medios de prueba, en igualdad de condiciones, con iguales oportunidades.

¹²² María del Carmen Ruiz Medina y Miriam Olga Ponce Gómez, “Igualdad y contradicción en torno a la defensa de imputados y acusados en el sistema acusatorio”, *Dike*, n. ° 19 (2016): 171.

¹²³ Lino Palacio, *Derecho procesal civil*, t. I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975), 263.

¹²⁴ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación penal juicio oral y prueba*, 2ª ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2009), 19.

Se puede concluir que para aplicar el principio de igualdad, se requiere emplear el principio de intermediación por parte del sistema judicial que conciliara a las partes que intervengan en el proceso; esto, en concordancia con este principio de contradicción, que permite a las partes indagar, cuestionar y confrontar los medios de prueba; de esa forma tiene elementos para objetar las demandas y alegatos de la otra parte consiguiendo que las partes participen en igualdad.

El principio de igualdad se encuentra estrechamente relacionado con el juicio de lesividad, el cual contemplará parámetros fundamentales para conocer si previamente a iniciar un proceso penal, se otorgaron la igualdad de armas jurídicas al funcionario público para que conociendo de las posibles imputaciones a efectuarse en su contra por parte de la Contraloría General del Estado a ser conocidas de manera futura por la Fiscalía General del Estado, este tuvo o no la oportunidad de defenderse de forma efectiva.

Constituyéndose en una garantía de legítima defensa para el funcionario público investigado por la Contraloría, evitando de esta forma que la Fiscalía General del Estado desarrolle investigaciones que pueden ser administrativamente solucionables, alcanzando incluso niveles de efectividad idóneos que permitan recuperar el valor del presunto perjuicio. No obstante, en ocasiones la defensa que hace el funcionario ante Contraloría es ignorada por el sistema, que una vez ha puesto en marcha un proceso penal no da marcha atrás.

4. El delito de peculado

La palabra peculado consta en el *Diccionario de la lengua española* desde 1737, su etimología se encuentra en el latín culto, el que usaba el derecho.

La palabra peculado viene de *pēcūlātus*, que significa desfalco, malversación de fondos públicos; participio pasado del verbo *pēcūlārī*, un derivado del sustantivo *pēcūlūm*, riqueza en ganado, propiedad privada, posesión, bienes, caudal, de *pecus, oris*, ganado, rebaño, multitud de animales de la misma especie, bestia, cualquier animal que paca. Todos estos términos se asocian a la raíz indonesia *peku-* (riqueza, ganado), también asociada a *feoh* (dinero, ganado, bienes) en inglés antiguo y *fihu* (ganado bovino) en antiguo alto alemán¹²⁵.

En Roma el ganado era el bien máspreciado por la sociedad, eran los animales destinados a ser sacrificados a los dioses, por lo que constituían los bienes públicos más

¹²⁵ Etimologías de Chile, “Peculado”, *Etimologías de Chile*, accedido 5 de junio de 2019, <http://etimologias.dechile.net/?peculado>.

preciados, puesto que para ellos era de vital importancia realizar los actos sacrificiales a sus diversas deidades. Al denominar los romanos al hurto del ganado *peculatus*, se estaban refiriendo a un delito contra los bienes públicos, por ello el hurto del ganado era uno de los delitos más castigados por la legislación romana de aquel tiempo.

El peculado como figura penal tiene su origen en el derecho romano, en la *Lex Julia Peculatus et de Sacrilegis et de residuos*,¹²⁶ su raíz significa ganado, pues, como ya se dijo, en esta época las riquezas se medían de esa manera. Fue la primera forma patrimonial y la moneda que utilizaban como intercambio tenía una cabeza de buey acuñada. Donna afirma que:

En el primitivo Derecho romano la expresión caracterizaba la sustracción del dinero público, en cambio en el Derecho cesáreo predominó el criterio de identificar la expresión como la traición a la confianza y la facilidad para delinquir. En el primero de los significados define al peculado propio como la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de este le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.¹²⁷

Es así que el peculado nace en la antigua Roma, partiendo de la participación principal de un funcionario público, quien era el encargado de cobrar los caudales públicos y protegerlos, comprendiendo de esta forma que la única participación de la existencia de peculado en aquel entonces estaba basada cuando este funcionario público disipaba de estos impuestos. El ganado dejó de ser la medida de la riqueza de una persona con el tiempo.

A lo largo del tiempo el contexto del delito de peculado fue tomando diversas formas, por la evolución misma de las sociedades y de del derecho penal. Este es uno de los delitos considerados de mayor gravedad de los que pueden cometer los funcionarios no solamente por los elevados montos en que se perjudica al erario, también y especialmente por el acto de traición que implica que quien ha sido investido de una función pública, de la responsabilidad de custodiar el patrimonio de la entidad en la cual labora.¹²⁸

¹²⁶ Esta Ley Julia fue la primera en que se hace referencia a *peculatus* como el hurto de dinero público o sobrado realizado por quien lo cuida.

¹²⁷ Edgardo Donna, *Derecho penal, Parte especial*, t. III (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000), 258.

¹²⁸ Usa la información privilegiada a la que esta colocación le da acceso para abusar de la confianza depositada en él.

Esto, puesto que la característica principal del peculado es que la persona a quien se le confió el cuidado del dinero o del bien cuyo dueño es el Estado, es quien lo despoja intencionalmente. “El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno”.¹²⁹

El peculado, como ya se ha dicho, es un delito contra la administración pública, por lo que para comprender las consecuencias penales derivadas de su comisión es preciso analizar algunos elementos en sus más profundos aspectos conceptuales, estos son el bien jurídico protegido y la titularidad del mismo.

En los delitos contra la Administración del Estado la doctrina mantiene varias posiciones, algunas divergentes, alrededor de cuál sería el bien jurídico protegido. Montoya Vivanco identifica las siguientes posturas:

La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública. **Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social.** En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas. **El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública).** Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.¹³⁰ (La negrita es del autor de la tesis).

En la función pública son varios los bienes que se pueden identificar, debido a lo fundamental de las diversas funciones que esta realiza, sin las cuales reinaría la anarquía en cualquier sociedad. En esta investigación se defiende la última postura, la dominante, según la cual este delito atenta contra el correcto funcionamiento de la administración pública.

Debe, pues, entenderse como tal a aquella actividad que funcionarios y servidores públicos realizan para que un Estado pueda cumplir en forma correcta o eficiente con los ciudadanos en la prestación de servicios y ejecución de obras. “Según esta perspectiva de

¹²⁹ Gustavo Flores y José García, *Manual de práctica procesal en los juicios por peculado*, 2.ª ed. (Quito: Editorial S.E., 1982), 15.

¹³⁰ Yvan Montoya Vivanco, *Manual sobre delitos contra la Administración pública* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 35.

bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen”.¹³¹

En otras palabras, debe destacarse que los bienes jurídicos protegidos no son el patrimonio o su gestión eficaz, puesto que el patrimonio del Estado es objeto de la misma protección que el de cualquier ciudadano, lo que ocupa al derecho penal es la eficiencia en la administración de los recursos públicos. Ello es así porque la organización estatal está diseñada y organizada para servir a todos, no para beneficiar a sectores determinados o particulares.

En lo relativo a la titularidad del bien jurídico, existen en la actualidad dos corrientes al respecto. Una, la posición dominante, sostiene que el titular es el Estado, lo que torna a la entidad estatal afectada en sujeto pasivo. La otra asume como titulares a los ciudadanos, en tanto que los delitos cometidos contra la administración pública causan un daño que afecta de manera directa los derechos de los administrados. Algunos autores consideran que los delitos contra la administración pública se constituyen en un peligro para la concreción de un derecho subjetivo. Montoya Vivanco, en cambio, difiere de esta postura y sostiene que “los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo”.¹³²

De acuerdo a todos los conceptos señalados, se puede decir que peculado es el acto de sustraerse de forma voluntaria y consciente el dinero, bienes pertenecientes al Estado y sus entidades descentralizadas. Además, tiene como característica que esta acción la realizó el funcionario que abusando de la autoridad que le enviste, el momento de ejercer su cargo a quien se le comisionó el cuidado del bien jurídico, toma voluntariamente dicho bien para beneficio propio o de un tercero.

Sobre el peculado existen criterios diferentes, por un lado, se dice que la tipificación del delito de peculado protege de manera única la res pública, y están delimitados en un campo de acción investigativa cuando deviene de un perjuicio económico del Estado. Estos son cometidos por un funcionario público quien tenía bajo su custodia el cuidado de estos bienes públicos y debido a su acción indebida se ocasionó

¹³¹ *Ibíd.*, 36; Albán Gómez, *Manual de derecho penal ecuatoriano*, 126; Andrés Delgado Gil, “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”, *ADPCP*, vol. LXII (2009): 377.

¹³² Montoya Vivanco, *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, 37.

que estos recursos sean devengados en beneficio propio o de terceros, sin que se haya cumplido el objeto para el cual fueron constituidos los recursos, haciéndose de esta forma necesaria la activación del proceso penal para sancionar el delito de peculado.¹³³

Por otro lado, se establece que el funcionario público encargado de cuidar los bienes públicos es responsable de su buen uso, y no únicamente del daño económico que se pueda generar entre los bienes jurídicos que también precautela, por lo que se determina la fidelidad del funcionario público. “Cuando el funcionario público a quien se le ha encomendado el cuidado y buen uso de los bienes públicos es quien se apropia, con el ánimo de robar el bien público, se lo conoce como peculado”.¹³⁴

Finalmente, es importante agregar que el peculado es un delito de carácter doloso, debido a que quien comete el abuso tiene la intención de causar daño, es decir, comete el injusto con pleno conciencia y voluntad. “El funcionario público conoce la antijuridicidad de su conducta y dirige voluntariamente su acto para obtener el resultado de la apropiación o sustracción de los bienes o fondos públicos”.¹³⁵

Vázquez-Portomeñe Seijas señala que el legislador, al penalizar los delitos de los funcionarios públicos o personas ajenas a la administración, lo que ha pretendido es crear un deber personal y blindar así “los bienes jurídicos en juego frente a los actos protagonizados por aquéllos a quienes les han sido previamente confiados: los agentes de la organización administrativa”.¹³⁶ Ya que lo que incumplen son los deberes que el Estado les confirió en el momento en el que los investió del cargo

Sobre lo mismo apunta Méndez Rodríguez la existencia de tres posibles interpretaciones de estos deberes:

En primer lugar, la visión tradicional en torno a estos delitos que cifra toda la ofensividad de los mismos en la infracción del deber de que se trate. En segundo lugar, quienes, asumiendo la infracción de deberes como paso previo y común a la entera categoría complementan el contenido de injusto a través de la determinación de algún otro bien jurídico que suele -aunque no siempre- vincularse al ejercicio de las actividades desempeñadas a través de las cláusulas de pureza, correcto desenvolvimiento, prestigio, etc., de la Administración Pública. Estas concepciones se caracterizan por mantener, de todas formas, la infracción del deber como elemento desencadenante de la unidad del título porque en estos casos es común diversificar después la categoría en función de la

¹³³ Richard Villagómez Cabezas y Ana Lucía Ponce, *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: ZONA G, 2015), 23-9.

¹³⁴ Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 128.

¹³⁵ Calvachi Cruz, “El peculado bancario”, 102.

¹³⁶ Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general* (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública, Universidade de Santiago de Compostela, 2003), 37.

determinación de diversos bienes jurídicos o de diversos intereses representados por ese correcto desarrollo o pureza de la Administración Pública. Es decir, que estas posiciones centrarían la unidad más en la acción que en el bien jurídico. Y en tercer y último lugar, habría que citar la posición de quienes tratan de dotar de un suficiente contenido material al elemento de las infracciones del deber del cargo, vinculándolo o identificándolo con la lesión de algún bien jurídico, desnaturalizando así, en cierta forma, el sentido tradicional de esta expresión como elemento típico.¹³⁷

Debe, pues, entenderse, al tenor de la cita, que la infracción del deber del cargo es lo que justifica la tipificación del peculado y su definición como delito contra la Administración pública.

Se está de acuerdo con la posición dominante, pues conforme expone Vivanco, lo que lesiona, y de manera inmediata, es el adecuado funcionamiento de la administración, lo cual pone en peligro -en el plazo mediano o largo- tanto la vigencia como el acceso a servicios públicos, además de la realización de determinados derechos fundamentales. Además, como tesista se asume una postura mixta, ya que es evidente que la puesta en peligro del funcionamiento correcto de la administración mediante la lesión de los bienes jurídicos de esta, deriva en que peligra también la función prestacional del aparato estatal, como consecuencia el afectado es el ciudadano.

Calvachi Cruz, por su parte, se refiere al sujeto pasivo en una infracción penal, del que dice que es el titular del bien jurídico afectado, y aquí toma una posición que no contradice en mayor medida a Montoya Vivanco:

En el caso del peculado, en un sentido amplio, es la administración pública y, por tanto, el Estado, pero el ejercicio de esa titularidad no la puede ejercer este ente social sino a través de las entidades y organismos del sector público. Es decir, el Estado representado por sus instituciones, que son los directos titulares del bien jurídico afectado' Recuérdese que el peculado no ataca al Estado en sí, sino a su funcionalidad, a su correcto desempeño en el aspecto patrimonial.¹³⁸

Pues efectivamente, coincide con los autores citados al señalar que el peculado lo que ataca es la funcionalidad del Estado. Esto, toda vez que el delito afecta al bien jurídico desde dentro del mismo aparataje estatal, puesto que para efectuarlo debe haber sido

¹³⁷ Méndez Rodríguez, Cristina, "Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia (ed.) (Valencia: Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1997), 359.

¹³⁸ Reinaldo Calvachi Cruz, "El peculado bancario", *Iuris Dictio*, n. ° 2 (2000): 101.

investido de un cargo público, ya que es así como adquiere el vínculo jurídico con el Estado que le permite ejercer de manera legítima funciones en la Administración pública.

5. Formas de peculado

El peculado tiene diversas maneras de tipificarse, entre las más conocidas doctrinariamente se tienen los conocidos como propio, impropio, por aplicación oficial diferente, peculado por sustracción o expropiación.

5.1. Peculado impropio

El peculado impropio es un delito contra la propiedad del Estado cometido por una persona ajena a la Administración pública, como el que cometen en contra de las entidades bancarias funcionarios del banco, quienes no son empleados estatales, pero manejan recursos del Estado.

Al respecto se interroga Calvachi Cruz, ¿se entiende que en una delegación circunstancial el Estado faculte a una institución bancaria para que recaude tributos? En la actualidad los bancos son las entidades receptoras de pagos de varios tributos del régimen local y nacional de gobierno, por tanto, y siguiendo al autor: “Si se diera el caso de una afectación de los dineros públicos por parte de un funcionario de una empresa delegada, y se cumplieran los otros elementos del peculado, podría caber esta figura por extensión como peculado impropio”.¹³⁹ En el peculado impropio el agente dispone de los bienes sin autorización, igual que en peculado propio, siempre y cuando se desarrolle en la normativa pertinente el tipo penal correspondiente. Como se hizo en el bancario, en consideración del principio de legalidad.

Los verbos rectores del peculado impropio hacen referencia a la apropiación como característica de una conducta típica y son:¹⁴⁰

- Apropiarse: Se refiere a la disposición de bienes o caudales del Estado por parte del sujeto activo, y que lo realice debido a que estaba a su cuidado, administración o custodia, es el caso de los caudales del Estado en entidades bancarias.

¹³⁹ *Ibíd.*, 107.

¹⁴⁰ Silvio Ranieri, *Manual de derecho penal* (Bogotá: Temis, 1975), 11.

- Utilizar: Es una forma de delinquir cuando se sirven de un bien del Estado tomando posesión del mismo; se le conoce como peculado por extensión y se incluyen casos del sistema financiero.

5.2. Peculado propio

Carrera conceptúa al peculado propio como “la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”.¹⁴¹ Este tiene los siguientes componentes:

- Únicamente los funcionarios públicos que administran el bien pueden ser el sujeto activo del delito.¹⁴² Esta potestad de administrar debe haberse atribuido a través de un acto legislativo, un acto administrativo; en el reconocimiento de la competencia o una providencia jurisdiccional que le faculte.
- Si no hay posesión del bien por parte del funcionario no hay peculado.
- El sujeto activo toma o se apropia ilícitamente el bien para beneficio propio o de terceros; entendiéndose como apropiarse el disponer del bien como *uti dominus* para conservarlo, enajenarlo o disponer de él como bien propio.
- Se entiende como beneficio propio que obtiene el sujeto activo al ganancial o utilidad personal adquirido por el daño.
- Es un delito de peligro porque cuando el sujeto activo es desleal y no cumple con su deber de probidad que recaía sobre él (de eficiencia administrativa de pública) genera un estado determinado de peligro al interés protegido por la norma.
- La norma se enfoca a concienciar sobre la fidelidad del deber de las personas en el ejercicio de sus cargos.¹⁴³
- El bien del Estado debía estar bajo cuidado del funcionario público.
- Debía existir un vínculo o relación funcional determinada entre el bien y el funcionario.

Siendo así, se entiende como peculado propio a “la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual precisamente en

¹⁴¹ Carrera Daniel, *Peculado* (Buenos Aires: Depalma, 1968), 61.

¹⁴² Ranieri, *Manual de derecho penal*, 12.

¹⁴³ Francisco Ramírez, *Los delitos económicos en los negocios* (Managua: Editorial S.E., 1990), 33.

razón de este le fueron entregadas con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia”.¹⁴⁴

Los bienes del Estado -que son el objeto material de la acción de peculado- son todos los que conforman el patrimonio público formado por:

- Entidades que desarrollan la administración pública y que abarcan todos los sectores, que constan en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Empresas o instituciones del Estado
- Establecimientos públicos.
- Organizaciones dedicadas a la industria o al comercio y que pertenecen al Estado.

Cuando los funcionarios públicos administran el bien público no únicamente se refiere a la manipulación física del bien, también abarca actividades tales como autorizar salidas de dinero o la retención material del bien. Estos funcionarios públicos, asimismo, son considerados sujetos activos de peculado, ya que ellos administran el bien y han adquirido competencia jurídica para decidir sobre el manejo de los bienes en representación del ente oficial.

En este sentido, el delito de peculado propio está direccionado a los funcionarios públicos, presentándose este como un sujeto activo calificado para la existencia del delito como tal. Se observan de esta forma varios aspectos a ser discutidos por la dogmática, en particular la afectación que se muestra a la *res pública* y a la fidelidad del cumplimiento de las funciones encomendadas al funcionario público, rescatando como concepto de peculado propio que este se refiere a aquella conducta que “consiste en la sustracción, apropiación o aplicación indebida (malversación) de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”.¹⁴⁵

Al analizar la normativa interna, específicamente el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra un concepto de peculado en la conducta descrita en el artículo 278, al referir que se entenderá como peculado a la acción ejercida por los servidores públicos¹⁴⁶ que abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de los dineros públicos o

¹⁴⁴ Donna, *Derecho penal. Parte especial*, 258.

¹⁴⁵ Villagómez Cabezas y Ponce, *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal*, 23.

¹⁴⁶ Hay una excepción al sujeto activo calificado en el inciso sexto del tipo penal: “La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior”.

privados, bienes muebles o inmuebles del Estado, esto para beneficio propio o de terceros, estableciendo penas privativas de libertad dependiendo de las características y de la gravedad del delito. Las penas que se establecen van desde los diez a los trece años.¹⁴⁷

De la revisión del concepto de peculado redactado por los legisladores se puede concluir que este tiene como objeto de tutela:

El patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios depende de gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad de dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias.¹⁴⁸

En este sentido, si se analiza que el delito de peculado es un delito doloso por su naturaleza, que entendidos en la materia comprenderían que el funcionario público comete el delito de peculado con conocimiento y voluntad, entendiéndose que el “primero se refiere al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y el segundo, a la voluntad de realizar esa conducta”.¹⁴⁹

Asimismo, se estaría explicando que la existencia de un juicio de reproche desde el ámbito de la voluntad, el funcionario público debe mantener aspectos de intencionalidad de causar un perjuicio económico y con esto afectar la eficiencia de la administración pública, además, determinarse que en realidad se logró establecer fehacientemente que obtuvo ese beneficio económico por su actuar, algo que en la actualidad no se exige como comprobación principal de la determinación de responsabilidad penal.

Es en este sentido es que se dice que el principio de lesividad está encaminado a establecerse como un mecanismo de legitimación del derecho penal, que permitirá verificar la pertinencia de la actuación del derecho penal como proteccionista de los bienes jurídicos relevantes, para establecer cuándo el *ius puniendi* es legítimo. Surgirá la pregunta de cómo realmente se aplica este principio en el delito de peculado propio cuando no se analiza si para la aplicabilidad del mismo los recursos del Estado fueron invertidos de manera debida en la necesidad que tiene un carácter primordial.

¹⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 278.

¹⁴⁸ Norberto de la Mata y Xavier Extabarría, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos* (Barcelona: Bosch, 1995), 23.

¹⁴⁹ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 52.

Es así que esta se convierte en una de las mayores críticas que se puedan plantear a la judicialización del delito de peculado, cuando no se establecen parámetros objetivos que permitan tener una claridad de qué es peculado y cuándo este puede ser solucionado por vías administrativas, tornándose este en solo una glosa; y cuándo realmente se debe activar el sistema punitivo penal para reprimir la actuación que sea determinada como la realidad de afectar a la cosa pública.

Se localiza la falla en la poca determinación de filtros previos normativos para que se pueda establecer el inicio de un proceso investigativo en la Fiscalía General del Estado, en el hecho de que se actúa de una forma desproporcionada desde la primera presunción del delito, usando todo lo que el criterio prejuiciado de la Contraloría General del Estado considera *per se* que es peculado como principal o único elemento para la demostración del delito, sin entenderse que la activación del sistema punitivista penal (en el caso de que la persona sea inocente) puede ser comprendido como la equivalencia de chocar un tráiler contra una bicicleta.

Tomando como referencia al tráiler como resultado de las actuaciones que desarrollan instituciones que representan al Estado ante la bicicleta, que será el funcionario público involucrado en un proceso penal, se hace -pues- notoria una desproporcionalidad de poderes, frente al funcionario público que al activarse el sistema penal va ser plenamente aplastante el choque de poderes, dejando al funcionario público solo frente a un sistema penal que va a buscar todas las formas de acusarlo del delito peculado.

En el capítulo tercero de este trabajo de investigación se va a analizar un caso práctico que sustenta los postulados teóricos presentados a lo largo de los dos primeros capítulos.

5.3. Peculado por aplicación oficial diferente

El funcionario público que cae en interdicción lo hace porque los fondos entregados a él para ser administrados los utiliza en una asignación diferente a las asignadas, cuando con este cambio de asignación ocasiona un daño o perjuicio. Además de la interdicción, se le asigna una multa administrativa. No constituye peculado cuando un funcionario ordena ilegalmente que se ejecute una obra para beneficiarse en el campo político, más bien es un ilícito administrativo porque existe una variante indebida de un apartado a otro, más no una afectación al bien jurídico protegido.

Cuando la aplicación de los fondos públicos no tiene como fin tener un ganancial de parte del funcionario público, este error no se convierte por sí solo en infracción, por lo que no será punitiva. Como ejemplo de esto se observa la redireccionalización de bienes a distintos destinos por parte de dignatarios de alta jerarquía, como primeros mandatarios, ministros, gobernadores, etc. Estos actos en muchos casos son bien vistos por los gobernados, y de ninguna forma se la considera como defraudación.

No es bastante por sí sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados.¹⁵⁰

Las acciones antes indicadas tienen un carácter delictuoso, pues con esto se busca proteger a la Administración pública para que los fondos públicos sean administrados de una forma adecuada y no sean manejados según la voluntad de los funcionarios responsables. Con esta aclaración se determina que el objetivo principal no son los fondos públicos, entendiéndose claramente que lo que se establece con pena es la vulneración de la norma debido al desvío de fondos o bienes públicos, porque han dado un uso diferente al establecido, siempre que este uso diferente sea totalmente ajeno a la Administración pública, como se ha evidenciado en este apartado.

5.4. Peculado por sustracción o apropiación

En el peculado por sustracción o apropiación el sujeto activo es el funcionario a quien se le encarga la administración, recaudación o el cuidado de los bienes. Se puede observar del contexto que el funcionario público no siempre será el responsable de recibir y entregar el bien jurídico, también podrá recaudar, lo que se traduce como cobro de caudales o efectos.

El funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley, así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que

¹⁵⁰ Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal* (Bogotá: Themis, 1959), 127.

tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.¹⁵¹

En lo que respecta a la acción de administrar, se determina que el funcionario público no tendrá que tener en su poder el bien jurídico para ser responsable del cuidado del mismo y, por consiguiente, culpable en caso de que dicho bien, fondos, etc., sufran daño. No obstante, ese debe apropiarse de los fondos para que concurra en su accionar el delito tipificado como tal.

6. La acción en el delito de peculado

En la imputación de la responsabilidad por una falta o delito, es preciso deliberar sobre el contexto en el que se hace esta imputación, específicamente sobre los presupuestos de la suposición según la cual una persona comete la acción o la omisión que deriva en el ilícito. Los juristas llevan mucho tiempo debatiendo respecto a si una conducta es siempre portadora de la voluntad que dirige un suceso:

Dicha exigencia se fundamentaría en el supuesto según el cual una conducta o sería portadora de voluntad o no lo sería, y en que de allí se dejarían delimitar fácilmente movimientos jurídico penalmente relevantes de movimientos jurídico penalmente irrelevantes. La naturalidad con que los causalistas partieron del supuesto según el cual una conducta sería portadora de voluntad o no lo sería puede relacionarse con la imagen de la voluntad humana que Ryle llama irónicamente el mito del fantasma en la máquina: la voluntad pone los músculos en movimiento y, en consecuencia, los movimientos son, o aquellos que han sido causados por la voluntad, o aquellos frente a los cuales ese no es el caso.¹⁵²

Sin embargo, se ha demostrado fehacientemente a lo largo de las últimas décadas que una misma conducta puede tener intención (voluntad, de acuerdo a los términos de autor) bajo un enfoque y, no tenerla, bajo otro. Acciones idénticas pueden interpretarse de muy diversas y hasta opuestas formas, dependiendo de las circunstancias, esto es, del contexto temporal y espacial, el cual otorga a los sucesos su significado. Para graficar el tema de la interpretación de la acción en el derecho penal es importante citar este párrafo de Mir Puig, que dice así:

¹⁵¹ Pedro Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, 3.ª ed. (Bogotá: Themis, 1976), 93.

¹⁵² Urs Kindhäuser, “Acerca del concepto jurídico penal de acción”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 7 (julio de 2012): 12.

A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B; en cambio, ex ante, en el momento de darse la noticia la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva ex post, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (ex ante), y se pregunta si en aquel instante el Derecho prohibía a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deberá ser negativa.¹⁵³

Es negativa porque el observador actual tiene conciencia sobre la temporalidad y la relatividad del conocimiento, no como en el pensamiento tradicional, que se contemplaba el mundo desde un punto de vista abstracto, es decir, al margen de las manifestaciones concretas en un espacio y un tiempo determinados. Este es el punto de vista de la metafísica clásica y de la filosofía práctica: igual que se entiende al ser como una realidad que va más allá de la dimensión temporal, “el bien y el mal se consideran como características ontológicas que pueden predicarse de las cosas con independencia del momento en que sean examinadas”.¹⁵⁴

Este enfoque de la filosofía tradicional considera que una cosa es buena o malo en sí misma, por tanto, se ve que lo es antes de que se produzca, cuando se produce y después de que se ha producido. Este planteamiento clásico mantiene una perspectiva ontológica ahistórica, que niega la fenomenalidad espacio temporal específica y la perspectiva del observador.

Este enfoque atemporal ha sido compartido durante un largo tiempo por el derecho, según Mir Puig: “La validez de una norma o de un acto jurídico se ha pretendido fundamentar haciendo abstracción de los distintos momentos en que se manifiesta al observador. Por eso suele decirse que los actos nulos de pleno derecho lo son en sí mismos y no solo desde el momento en que se advierte y declare su nulidad”.¹⁵⁵ De este modo los actos nulos lo son en sí mismos y no solo desde que se advierte su nulidad. Ahí encuentra el autor la diferencia de la visión tradicional entre los actos nulos y los anulables, los últimos seguirían siendo válidos en tanto no sean oficialmente anulados.

Advierte Mir Puig que la teoría causalista de la antijuridicidad contempla el hecho antijurídico ex post,¹⁵⁶ puesto que para el casualismo la antijuridicidad se da como

¹⁵³ Santiago Mir Puig, “La perspectiva «ex ante» en Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 36 (1983): 5.

¹⁵⁴ Martin Heidegger, *¿Qué es metafísica?*, Xavier Zubiri, traductor (Madrid / Santiago de Chile: Cruz del Sur, 1963, p. 16:

¹⁵⁵ Mir Puig, “La perspectiva «ex ante» en Derecho penal”, 6.

¹⁵⁶ Quiere decir después del hecho.

resultado de una acción que ya ha tenido lugar, es decir, un hecho del pasado cuya esencia es, fundamentalmente, un estado disvalioso ocasionado en los bienes jurídicos. En definitiva, el finalismo parte de la perspectiva temporal opuesta del enfoque tradicional:

Empieza por fijarse en el momento subjetivo de la anteposición mental de la meta, de la finalidad que guía la acción: el momento inicial de la acción, no el momento del resultado causado. Se adelanta así el punto de mira y se examina el hecho desde el prisma de la finalidad anterior a su manifestación externa. La moderna teoría de la imputación objetiva ha advertido por otro camino la necesidad de la perspectiva *ex ante* para decidir la concurrencia del hecho típico. Ya lo advirtió la teoría de la adecuación al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (*ex ante*) y con los datos especiales que este pudiera tener acerca de la situación.¹⁵⁷

Esta teoría de la adecuación manifiesta Mir Puig, no está considerada en la actualidad como una teoría de la causalidad, más si es una que permite la imputación objetiva del resultado a la acción.¹⁵⁸

En el delito de peculado a la acción se une la omisión del servidor público, que tiene que ver también con no hacer lo que debería. Por ello está considerado un delito de omisión del deber en todas las legislaciones. Para la imputación objetiva del delito de peculado se deben analizar las acciones y omisiones del funcionario debido a su cargo en el peculado general, y en el peculado financiero por las funciones propias a este encomendadas. En principio los verbos rectores del delito son apropiar, distraer y disponer, las acciones que producen la lesividad en el bien jurídico protegido, que son los bienes del Estado.

En los delitos de este tipo es aconsejable analizar, en primer lugar, la existencia de una participación plural, ya que la Administración pública, para cumplir sus fines, requiere de un número ingente de funcionarios en todas las áreas, por ello las acciones que se realizarían por parte de quienes cometen este delito son las siguientes:

- a) Acuerdo común, que determina la intención de las partes, los aportes de cada uno y, por tanto, el límite de la responsabilidad por excesos en el plan.¹⁵⁹
- b) División de trabajo, que establece una asignación de tareas a cada uno de los participantes en el hecho delictivo, que permita evidenciar la coejecución -coordinada- de un acto conjunto desde el punto de vista objetivo, y con esto, que no exista la necesidad

¹⁵⁷ Mir Puig, "La perspectiva «ex ante» en Derecho penal", 6.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ El peculado, debido a sus características (delito contra la Administración pública), es un tipo penal que precisa del concurso de varios autores para su realización, pero no le corresponde a este texto extenderse sobre el tema de la autoría.

de que todos realicen el verbo rector para que sean catalogados como coautores del hecho punible. Igualmente, que exista una relación funcional desde el punto de vista social y normativo que permita relacionar la labor encomendada a cada participante, con la comisión de un hecho delictivo.

c) Que el aporte sea esencial, es decir, que el participante realice una tarea de tal importancia, que se pueda concluir que sin ese aporte la conducta punible no se hubiese podido realizar, y

d) Que el aporte sea realizado en la etapa de ejecución del acto delictivo.¹⁶⁰

Por lo menos una parte importante de esto debería ser probado durante el juicio de peculado, para establecer el dolo, que es la forma como tipifica este delito la norma ecuatoriana. Díaz-Fustamante, por su parte, establece los elementos materiales que constituyen el tipo penal del peculado:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.¹⁶¹

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien,

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.¹⁶²

¹⁶⁰ Jorge Arturo Abello Gual, “La autoría y participación en el delito de peculado”, *Revista de Derecho Público*, n. ° 35 (julio-diciembre de 2015): 9.

¹⁶¹ Para realizar el tipo penal no es suficiente cumplir la formalidad de ser funcionario (o autoridad), ya que el injusto solamente existe si estos infringen los deberes propios del cargo. “Si el funcionario no actúa en el marco de sus competencias, desde un punto de vista valorativo no existen diferencias con un particular y el comportamiento, por tanto, será valorativamente equivalente al de una persona ajena a la Administración Pública. Con base en esta idea se puede diferenciar, por ejemplo, entre el delito de malversación (delito especial) y el delito de hurto (delito común) aunque la persona que realice la sustracción sea un funcionario que se encuentra en horas de trabajo”. Bernardo Feijoo Sánchez, *Delitos contra la Administración pública* (Lima: Jurista Editores, 2009), 30.

¹⁶² Alexander Díaz-Fustamante, “La imputación en el delito peculado” (tesis de maestría, Universidad de Piura, Piura, 2017).

Respecto de este último elemento, la imputación de este delito requiere, pues, analizar la lesión al bien jurídico protegido, que en el caso analizado en el capítulo tres, no se hubiese encontrado, porque no existía tal cosa como una afectación a bienes o caudales públicos, lo que habría evitado que se pusiera en funcionamiento el derecho penal, gastando en vano los recursos de la administración de justicia, siempre tan necesarios y escasos para cumplir con sus funciones en la sociedad.

Como ya se indicó en páginas anteriores, de acuerdo al juicio de lesividad, la acción en el caso práctico analizado en sí misma no es lesiva, puesto que no tiene por objetivo ni la apropiación ni el mal uso, sino no la solución de un problema de carácter urgente por el bien de la comunidad, es decir, para cumplir con los deberes del cargo. El fallo de la Contraloría estuvo, entonces, en no establecer si había una lesión en el bien jurídico, sino más bien lo contrario.

7. Filtros previos al delito de peculado

Los filtros previos en la normativa nacional están establecidos en la misma Constitución de la República. En primer lugar se determinan con la participación prioritaria de la Contraloría General del Estado, que es -según la Constitución- un organismo técnico de control de la utilización de los recursos públicos y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado, se establece así que su función más relevante es: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.¹⁶³

Partiendo de la premisa de que todo funcionario público mantendrá una responsabilidad legal por las acciones u omisiones que sean realizadas en el ejercicio de sus funciones, particularmente cuando a este le es concedida la administración de fondos, bienes y recursos públicos,¹⁶⁴ se entiende que el servidor, al estar involucrado en un proceso por el delito de peculado propio, estaba supeditado al pronunciamiento de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado. Este era el único filtro que en el país existía para que se pueda iniciar una investigación penal por el delito de peculado, convirtiéndose incluso en un requisito de procedibilidad para el procesamiento del mismo, situación que al criterio de este investigador es realmente

¹⁶³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 212, numeral 2.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, art. 233.

ineficaz al momento de limitar y normar el poder punitivo del Estado en la investigación que se desarrolla en el delito de peculado propio.

Sin embargo, con la expedición de la Sentencia No. 0005-13-IN de fecha 2 de Julio del 2019 por parte de la Corte Constitucional del Ecuador se declaró la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, en el que se requería el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal para el procesamiento de un funcionario público por el delito de peculado.¹⁶⁵

Determinando la existencia de una diferenciación de funciones de la Fiscalía General del Estado y de la Contraloría General del Estado, estableciendo que por la existencia de una autonomía constitucional de la Fiscalía los informes de contraloría no pueden ser tomados como requisitos de procedibilidad para el procesamiento penal por limitarse la capacidad punitiva de la Fiscalía.

Asimismo, se explica la existencia de la imprescriptibilidad constitucional determinada en el artículo 233 de la Constitución para la investigación y procesamiento de los funcionarios públicos presuntamente investigados en un delito de peculado,¹⁶⁶ frente a la capacidad temporal de la Contraloría de realizar un informe de indicios de responsabilidad penal, dejando de esta forma la libertad a la Fiscalía General del Estado para procesar a funcionarios públicos sin que exista informe de la Contraloría que dé indicios a la Fiscalía de la presunta responsabilidad penal.

Sin embargo, el problema radica en que, si bien ya no se necesita del informe de Contraloría para un procesamiento penal, en la práctica por la experiencia profesional personal, se observa como este informe sigue siendo de trascendental importancia a la Fiscalía al momento de realizar una imputación penal.

Ya que, en la actualidad, la Fiscalía dejó de tomarlo como un requisito de procedibilidad para tenerlo en cuenta como un medio probatorio, donde la valoración que le dé el fiscal y el juez, se tornará fundamental para establecer una responsabilidad penal de un funcionario, o a su vez la falta del informe de indicios de responsabilidad penal permite excesos de la Fiscalía, imputado casos como peculado que se pueden solucionar administrativamente, volviendo a los excesos del proceso penal.

Debiéndose puntualizar en que la posición adoptada en la presente tesis no está determinada en que se vuelva a normar la existencia de un informe de indicios de

¹⁶⁵ Ecuador, Sentencia Corte Constitucional No. 5-13-IN/19, 2 de Julio de 2019, art. 212, decisión 1.

¹⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 233, inciso segundo.

responsabilidad penal que elabora la Contraloría General del Estado, sino en que el fiscal previo a la imputación de un presunto delito de peculado a un funcionario público realice un juicio de lesividad para establecer si esta conducta es lesiva o no al bien jurídico protegido que es la Administración pública, garantizando así la debida aplicación de los principios procesales de igualdad, legalidad, mínima intervención penal, proporcionalidad y objetividad, estableciendo un sistema mucho más irrestricto para que la Fiscalía General del Estado pueda conocer solo aquellos casos donde realmente se verifique la existencia de necesidad de protección de bienes jurídicos protegidos.

También se considera indispensable como filtro previo el que se garantice la aplicación irrestricta de la ley, ya que esta ha sido diseñada precisamente para desestimular la comisión de los actos ilícitos.

La Contraloría General del Estado, por su parte, debería tener entre sus competencias la de establecer que uno de sus funcionarios se convierta en un vigilante activo de cada una de las compras que realicen las instituciones públicas para que inspeccione el desarrollo de los procesos de compra. En este caso, la compra solo se podría efectuar si el supervisor de la entidad controladora da el visto bueno. Este planteamiento evitaría tantos onerosos procesos administrativos y judiciales que consumen recursos de la Función Judicial y, en no pocos casos, lesionan el buen nombre de los ciudadanos, sin que se llegue a concluir que eran culpables de acto doloso o culposo alguno. Adicionalmente, este funcionario debe ser un profesional capacitado para ejercer esas funciones, es decir, tendría que ser formado por la Contraloría en contratación pública y en los controles previos que evitan o prevén el cometimiento del error o del ilícito.

Como conclusión del presente capítulo se puede decir que el principio de lesividad direcciona al derecho penal sobre la forma que deben tener las sanciones que debe imponer a las conductas humanas direccionadas a lesionar bienes jurídicos protegidos constitucionales. Sin embargo, hay que analizar cada caso para comprobar si en realidad se afectó el bien jurídico protegido de una forma tan grave que amerite sea penado en una proporción similar. Este principio de lesividad limita al derecho penal a actuar de una forma tal que el Estado no se exceda en el uso de su poder punitivo.

Se hace imperativo en el caso del peculado hacer un análisis en tres fases; en la primera es preciso que haya una disposición de bienes ilegal, que defraude la confianza; en segundo lugar, no es suficiente con la disposición, pues es necesario que esta implique una afectación al correcto funcionamiento de la administración; en la tercera, no basta la

disposición, pues eventualmente, aun siendo un uso distinto, no existe lesividad para la Administración.

Capítulo segundo

Dosificación del principio de lesividad en el delito de peculado

El principio de lesividad, del que se estableció en el capítulo anterior tiene como función la contención de los excesos del *ius puniendi* estatal, precisa para su efectividad de un ejercicio de dosificación, es decir, de que sea usado en su justa medida, para que, por un lado, el administrado tenga garantizados sus derechos, y, por el otro, para que la comisión de un delito no quede impune.

En el delito de peculado, cuya tipificación presenta algunas imperfecciones en la legislación nacional, su aplicación es especialmente sensible, pues esta se ha redactado desde los supuestos del derecho penal máximo por su excesiva severidad en la tipificación de conductas que podrían ser solucionadas desde la vía administrativa, lo que contradice el garantismo del actual Estado ecuatoriano, definido en la Constitución vigente como garantista de derechos.

1. La medición y la cuantificación del daño causado por la intervención del aparataje estatal

Para dosificar la actuación del derecho penal es necesario ponderar el daño que el delito ha causado al bien jurídico protegido. El axioma cuatro del garantismo penal de Ferrajoli, *Nulla necessitas sine iniuria*,¹⁶⁷ determina que si no hay un daño u ofensa a los bienes jurídicos, entonces no hay necesidad de aplicar una pena. Por lo que se debe confirmar el daño que causa el delito para proceder a aplicar la pena sin crear impunidad ni aplicar exceso de penalización, así como tampoco causar perjuicio al Estado.

Luego de que la administración de justicia, mediante el proceso judicial correspondiente, ha confirmado el daño y la culpabilidad del encausado, es el principio de proporcionalidad el que debe aplicarse en el momento en que el juzgador establezca la pena, cuidando de que el castigo no supere el daño que causó el error cometido: “La proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas en arbitrarias”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 466.

¹⁶⁸ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 66.

La proporcionalidad determina que “su conflicto con la lógica de la prevención solo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad, por ejemplo; pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo proporcionado”.¹⁶⁹

Varios tratadistas han relacionado al principio de proporcionalidad con el derecho penal liberal, que algunos autores lo catalogan como más pro reo, sin embargo, el criterio del juzgador debe imponerse en el momento en que el daño, aunque fuere menor, por prevención debe tener como sentencia una pena superior a la señalada por que si el daño es menor tiene una sentencia con pena superior a la señalada, estableciendo por razonamiento el principio de proporcionalidad mínima. De acuerdo a diversas teorías utilitarias, se debe buscar socializar la consecuencia de los actos en contra de los bienes del Estado a la población, incluyendo no solamente el daño material sino la conciencia de respeto al bien jurídico.

No obstante lo anterior, es importante aclarar que un Estado que impone penas altas únicamente está demostrando ser un Estado fuerte y -en muchos casos- en esa acción no realiza actividades de prevención de las acciones en contra del bien del Estado; pero hay que alcanzar un equilibrio para que no se llegue a los extremos, castigos exagerados por acciones menores o indefensión ante daños graves, buscando que no se cometan injusticias, pero tampoco arbitrariedades.

Según Silva, el principio de proporcionalidad busca poner límites a la posible arbitrariedad de la Administración mediante la garantía de los derechos fundamentales de las personas, dejando de lado penas exageradas ante hechos poco importantes: “Es muy relevante en derecho penal ya sea fundamentado en unipersonal o grupal se aplique el principio de proporcionalidad entre el grado del delito con la consecuencia que en este caso es la pena; porque el objetivo de estas penas no busca colocar al derecho penal como quien limita la violencia punitiva”.¹⁷⁰

Alexy estudia el principio de proporcionalidad dentro de la teoría de los principios bajo los que funciona el Estado de derecho:

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio

¹⁶⁹ Jesús María Silva, *La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático* (Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2007), 259.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 258.

implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica que el carácter del principio conlleve la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.¹⁷¹

El principio de proporcionalidad es, según este autor, uno de los mandatos de optimización de la Administración de justicia, que en alguna medida relativiza las posibilidades jurídicas de la administración. La explicación que ofrece Alexy es que si cuando una norma con carácter de principio.

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental dependerá del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ponderación de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que cuando entran en colisión con principios opuestos está ordenada una ponderación. Pero esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

En Europa el principio de proporcionalidad dentro de la doctrina jurídica tiene características relacionadas con la utilidad, la necesidad y la proporcionalidad, de esa forma no será considerada como parte del poder punitivo:

El de utilidad o adecuación que se relaciona la medida enjuiciada con el fin.

El de la necesidad o indispensabilidad, y mantendrá moderación entre los métodos útiles, será la más adecuada o necesaria.

El de proporcionalidad estricto sensu, pues su consecuencia será equitativa a los beneficios del procesado.¹⁷²

Partiendo de un enfoque de derechos humanos, el derecho penal busca el equilibrio en el respeto a los derechos del ser humano y la facultad punitiva del Estado, y lo hace poniendo límites al juzgador, quien no emitirá juicios arbitrarios que estén influenciados por intereses políticos o personales. Tiene que ser valorativo y basarse en el cuerpo punitivo que permita proteger los derechos que tienen todos los integrantes de la sociedad, puesto estos derechos han sido garantizados por la Constitución, como

¹⁷¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 107.

¹⁷² *Ibíd.*, 345.

sostiene Fernández, “la dogmática jurídico penal debe tomar la forma de una ciencia lógico-axiológica, teniendo como referente los derechos humanos y la equidad”.¹⁷³

En el derecho penal el juzgador cuando emite su juicio lo hace motivado por dos factores, en primer lugar, por la protección a los derechos humanos, especialmente del procesado, sin vulnerar las garantías que le amparan, y; en segundo lugar, se alcanza una administración de justicia eficiente que evite que la comisión del delito quede la impunidad. Por lo que puede decirse que se enfrenta al difícil dilema de efectividad enfrentadas a garantías.

El principio de proporcionalidad permite que las penas estén de acuerdo al delito cometido, partiendo de un sistema garantista constituido por operadores judiciales que están a cargo de juzgar y que son quienes avalan el respeto a los derechos de los seres humanos, sin emitir juicios preestablecidos, sino más bien ciñéndose a la ley. Según Prieto, “la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, especialmente aquí, por parte del legislador”.¹⁷⁴

Cuando se aplican las penas bajo el principio de proporcionalidad en un Estado en el cual la norma suprema es la Constitución,¹⁷⁵ las penas no serán arbitrarias ni exageradas, además, se fundamentaran en los principios legales, imponiendo a todos los operadores jurídicos -en especial a los jueces- dictaminar una pena, alcanzando el garantismo penal de Ferrajoli, que se refiere a “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”.¹⁷⁶

La teoría del garantismo, presente actualmente de manera preponderante en las constituciones de la mayoría de los países democráticos, justifica el derecho penal cuando este en su aplicación disminuye el nivel disciplinario, convirtiendo al derecho penal en elemento importante de un ejemplo de democracia fundamental inherente a un gobierno regido por una Constitución garantista de derechos. De esta forma, el derecho penal pasa a ser un mecanismo de defensa social, dando un tratamiento igualitario tanto a quienes transgredieron la ley como a los que no lo hicieron en el tema de juzgamiento, garantizando el derecho a la vida, a la libertad personal, sin tomar en consideración en el

¹⁷³ Juan Fernández, *Derecho penal liberal de hoy* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006), 149.

¹⁷⁴ Luis Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 268.

¹⁷⁵ En la Constitución se encuentran garantizados los derechos fundamentales.

¹⁷⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho penal mínimo y otros ensayos* (Ciudad de México: Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008), 27.

momento de juzgar intereses personales o conformidad de la mayoría. “Nadie puede pedir la condena o absolución de un transgresor, aunque se agrupe en un importante número de individuos”.¹⁷⁷

Para dictaminar en derecho penal una sentencia acusatoria, el juzgador debe concienciarse sobre el contexto del sistema judicial represivo y de la organización carcelaria existente en el Estado, pues de este modo podrá comprender la situación a la que se enfrentará el sentenciado como ser humano, al que su dictamen le va a privar de uno de sus derechos fundamentales, que es la libertad, para lo cual se ajustará a principios determinados en relación al delito como:

- Principio de exterioridad (acto).
- Estricta legalidad (típico).
- Lesividad.
- Autotutela.
- Coherencia normativa (antijurídico) y culpabilidad.

Con base a lo establecido, se debe dejar de lado la idea de que el derecho penal es un mecanismo punitivo que permite solventar y solucionar las necesidades sociales a corto plazo, para alcanzar beneficios políticos, equilibrando la opinión estatal en relación al aparato punitivo.

Al referirse a la técnica legislativa, se la puede enfocar desde un sentido amplio y desde un restringido; el primero hace referencia al análisis de la norma como parte integral del sistema jurídico, que tiene como fin vincular la ley con todo el sistema normativo; mientras que el restringido se refiere al estudio, conformación y descripción de las leyes y disposiciones jurídicas. En el peculado la técnica en sentido amplio no se toma en cuenta, pues en el Código Orgánico Integral Penal no se consideran aspectos relacionados con el tema y que, sin embargo, sí lo hace la Constitución.

2. Soluciones prácticas al delito de peculado a través del principio de lesividad

El principio de lesividad se entiende como la imposibilidad del derecho de legitimar una intervención punitiva cuando no existe un real conflicto jurídico, entendido este como la afectación total o parcial de un bien jurídico. Según Gómez: “El principio de ofensividad, por supuesto, presupone la idea de un derecho penal del bien jurídico y el

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 21.

concepto de bien jurídico indiscutiblemente presupone la idea de una norma”.¹⁷⁸ Es pues, lógico concluir que cuando el Estado no respeta el principio de lesividad se extralimitan en sus funciones del derecho penal.

Por lo mencionado es que la evolución de las democracias (y de la humanidad) ha hecho del de lesividad un principio reconocido por varios instrumentos internacionales que alcanzan jerarquía constitucional y se traducen como un nivel superior a la normativa del Estado, sin embargo, no derogan artículos de la Constitución y son accesorios de los derechos y garantías de la Carta Magna. Entre los instrumentos internacionales se tiene a:

- Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11.2.¹⁷⁹
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 5.¹⁸⁰
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.¹⁸¹
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 16.¹⁸²
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.¹⁸³

La fundamentación que presentan los tratados internacionales permite garantizar el respeto a los derechos por parte del Estado en el momento en que una persona se

¹⁷⁸ Gomes, “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal”, 375.

¹⁷⁹ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, 18 de julio de 1978, Oas.org, accedido 21 de noviembre de 2018, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

¹⁸⁰ “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada familiar. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre”, Oas.org, accedido 21 de noviembre de 2018, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

¹⁸¹ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. ONU, Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

¹⁸² “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Unicef, *Convención sobre los derechos de niño* (Madrid: Unicef Comité Español, 2006), 15.

¹⁸³ “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”. ONU, Asamblea General, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 16 de diciembre de 1966.

presente ante el sistema judicial y posibilite una mayor seguridad de un pronunciamiento objetivo e imparcial.

Entonces, si los derechos y garantías reconocidos en los tratados de derechos humanos hacen las veces de piso mínimo de tutela, no parecería extraño, sino más bien lo más razonable, que el Estado, a través de uno de sus poderes, como es el Judicial, otorgue a partir de esa base que brindan estos instrumentos y mediante las sentencias dictadas en los casos concretos, un mayor amparo y defensa de los derechos que les son conferidos en los instrumentos internacionales a las personas que podrían resultar perseguidas penalmente por el delito de peculado.

Estos tratados internacionales en muchas ocasiones han permitido un equilibrio en las sentencias. Apelando a ellos se garantizó el respeto de los derechos de las personas, pues establecen parámetros recomendados a los Estados cuando la legislación requiere fortalecer sus argumentos, y sin dejar de reconocer que el derecho del acusado se antepone a los intereses del Estado cuando se va a aplicar la pena que debe ser proporcional al daño.

Debido a que en el sistema jurídico ecuatoriano se encuentran varias normas en las que se hace referencia en algunos casos a un mismo tema, es importante que al interpretar se lo haga fundamentándose en principios establecidos por organismos internacionales que versen sobre derechos humanos. En este momento se presenta un aspecto relevante en el análisis sobre el principio de lesividad, y es el principio *pro homine*. Este principio establece que, al existir una norma amplia o interpretación extensa en el momento de considerar los derechos protegidos, los derechos humanos, el juez debe aplicar la norma o interpretación más favorable a la persona.¹⁸⁴

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que infunde todo respecto de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de la persona.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 21 de noviembre de 2108, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

La legislación interna y los instrumentos internacionales que establecen los derechos de las personas se los debe interpretar de buena fe, y si se presentara confusión, se lo hará de acuerdo conforme a la cláusula *pro homine*, no buscando el poner en pugna las normativas que intervengan en una sentencia.

En materia de derechos humanos en general se tiene un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata no se necesita de una previa reforma constitucional.

Cuando se requiera que los juzgadores interpreten la ley, esta conclusión no deberá buscar que varias disposiciones se enfrenten entre ellas, por el contrario, deben tratar de conciliarlas para tener un sistema integral y coordinado, superando imperfecciones técnicas del texto legal cuando fue redactado si las hubiere, buscando siempre una aplicación de ley razonable y además que no vulnere ningún derecho. Debido a que el principio de legalidad requiere priorizar una interpretación taxativa limitada por la semántica de la ley escrita, la interpretación del derecho penal es infinita.

En el juzgamiento del delito de peculado el juez se enfrenta a un Estado que puede decirle que es una infracción administrativa, ya que no demuestra afecto a la administración pública, o una postura contraria que dice que -eventualmente- no hay afectación al objeto material, no hay una afectación al bien jurídico protegido y hay una injerencia arbitraria, una intervención abusiva del Estado. Ante estos dos escenarios, el juez debe ponderar la lesión al bien jurídico y aplicar el principio *pro homine*.

3. Bien jurídico protegido dentro de la ponderación

Como ya se ha mencionado, el bien jurídico protegido es la eficiente administración pública, quien debe garantizar la protección del mismo es el funcionario, quien como objeto material tiene a cargo bienes o dineros públicos, que han sido entregados para su protección por su función en el Estado. Es decir, a un empleado que tiene una vinculación legal con el Estado. El Código Orgánico Integral Penal hace referencia al bien del que se ha apropiado el servidor público, y que en su mal uso perjudica al Estado y, consecuentemente, a la eficiencia de la función pública.

Al tipificar de una forma real estos delitos se convertirá al juzgador en castigador, puesto que antes se analizarán los delitos y sus consecuencias de forma objetiva, para

determinar la tipicidad de los procesos en donde no se cree un problema, logrando descartar los casos en los que no se presente daño al bien, en este caso la eficiencia de la administración. Lo que se quiere decir es que, si se comprueba que existió un daño se podrá hacer uso del poder punitivo, lo que conlleva a una lesividad que se deba imputar, pues se está seguro de que existe la lesión al bien.

Cuando los daños ocasionados al bien jurídico no son significativos, se aplica el principio de insignificancia que menciona Hairabedián, quien manifiesta que este principio puede ser concebido “desde un sentido sustancial (determinando si una acción es delictiva de acuerdo a la teoría general) o procesal (decidiendo no perseguir una acción que se asume delictiva)”.¹⁸⁶

Cuando se habla de la insignificancia como criterio de oportunidad se alude - fundamentalmente- a la segunda acepción, la cual permite declinar la acción penal, aunque en efecto se den las circunstancias para perseguir y castigar. Pastor explica lo anterior en razón de que “los hechos sin importancia no deberían ser punibles en la legislación, en lugar de serlo, pero pudiendo dejar de serlo a voluntad del fiscal, que es el más oscuro de los oscuros funcionarios judiciales”.¹⁸⁷

Este principio es de antigua raigambre, Zaffaroni, Alagia y Slokapues encuentran que su origen en el derecho penal romano, en el principio *minimis non curat praetor*,¹⁸⁸ al cual consideran la base del actual “principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva”.¹⁸⁹

De esta forma, se colige que cuando el daño ha sido muy insignificante no justifica movilizar el aparato jurídico, y ello debido a que el individuo no buscó realizar la acción de daño, por tanto, su conducta no es la que practica generalmente -en su devenir cotidiano-, por lo que se equilibrará la pena en relación a la afectación al bien. Cuando un daño ínfimo se castiga con una pena exagerada se lesionan los derechos de los ciudadanos y se pone en duda el garantismo de los Estados sociales de derecho.

En los casos en que la afectación es mínima, cuando el daño al bien jurídico es exiguo, no se justifica mover todo el sistema jurídico para aplicar el principio de lesividad.

¹⁸⁶ Maximiliano Hairabedián, “La insignificancia como criterio de oportunidad para la disponibilidad de la acción penal”, *Actualidad Jurídica*, n. ° 236 (agosto de 2017): 8644-9.

¹⁸⁷ Daniel Pastor, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2015), 40.

¹⁸⁸ Lo pequeño no importa al pretor.

¹⁸⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2000), 233.

De acuerdo al contexto, se puede concluir que el daño ocasionado al bien jurídico no es suficiente para establecer una pena, pues hay que analizar la significancia del daño y en relación a este analizar las consecuencias y -por ende- determinar si es que se justifica la coerción penal. En caso de que la acción no haya tenido fuerza suficiente para dañar gravemente el bien, la sanción no tiene por qué afectar la integridad del funcionario por medio de una imposición penal que implique la privación de su libertad, puesto que esta puede convertirse en una pena desproporcionada.

Todo sistema jurídico busca dar seguridad a la sociedad de una forma general, el derecho penal como parte de este sistema tiene el mismo objetivo, pero de una forma más específica. Su capacidad de alcanzar su objetivo es a través de la imposición de penas para controlar conductas que afecten negativamente a la sociedad, pues no están aceptadas y, además, conlleven niveles de gravedad altos. Cuando no hay gravedad, la intervención del sistema jurídico a través del derecho penal no es necesaria, aunque la ley se encuentre escrita textualmente estableciendo la pena por determinada conducta, el juez será quien se encargue de analizar y aplicar el principio de insignificancia.

De lo analizado se puede concluir que el principio de insignificancia tiene como fundamento el principio de lesividad, puesto que si existe un daño ínfimo del bien jurídico, y este daño lo realizó un funcionario público que tenía a su cargo el bien para protegerlo o administrarlo, esta mera relación no es razón para aplicar coerción penal y mover todo el aparato judicial, si es que el daño no tiene cierta relevancia o importancia.

4. Análisis de la *última ratio*

Para examinar más de cerca el principio de la *última ratio* de manera científica es conveniente considerar el término última, “que proviene del latín *ultimus*, que significa el último, el más lejano o el más remoto, y *ratio*, (razonamiento) se entiende comúnmente como la última o último recurso para lograr un objetivo perseguido”.¹⁹⁰ En este caso no debe comprenderse como el último recurso en su sentido cronológico, sino como el último recurso más interferente con el efecto de mayor alcance.

El término probablemente se remonta al famoso estadista francés Armand-Jean du Plessis, duque de Richelieu, y más tarde también un cardenal de la Iglesia católica. Hacia el final de la Guerra de los Treinta Años, bajo el reinado de Luis XIV de Francia, Richelieu lanzó *última ratio regum* sobre el cañón real francés, que significa "el

¹⁹⁰ Rudolf Wendt, “El principio de 'última ratio' y / o el principio de proporcionalidad”, *Serie socio-legal de Oñati*, n. ° 1 (2013): 83.

argumento final de los reyes" (Prantl 2004, p. 31 y ss). Esto, sin embargo, no debe entenderse como el último recurso existente para lograr un objetivo perseguido después de haber agotado todas las demás posibilidades, sino como la última palabra del rey para decidir un conflicto político.¹⁹¹

En el área de habla alemana la expresión apareció por primera vez en Prusia. Se dice que a partir de 1742 los cañones de bronce de Federico el Grande llevaron la inscripción *última ratio regis*. Así que las balas de cañón volaron como la última palabra del rey. El uso original en el contexto militar sugiere que ciertos medios solo deben usarse como último recurso, porque pueden causar un daño considerable. Por lo tanto, su uso debe ser cuidadosamente deliberado y solo puede ser aprobado después de haber agotado todas las demás posibilidades.

En asuntos legales, la idea de *última ratio* es un concepto básico de muchos campos del derecho. Por ejemplo, en la legislación laboral, la rescisión extraordinaria de un contrato por parte del empleador es la *última ratio*. También existe la idea de que en los conflictos laborales las huelgas son *última ratio*. Sin embargo, la aplicación más popular del principio de *última ratio* probablemente se puede encontrar en el derecho penal, donde este teorema de la teoría del derecho penal moderno es un tipo de propiedad común.¹⁹²

Última ratio es una expresión latina cuya traducción es última razón o último argumento. Es decir, el derecho penal es el último recurso al que apela la organización estatal en su función de control de la criminalidad. La *última ratio*, asimismo, permite establecer un límite a un Estado con poder punitivo cuando se recurre al derecho penal para la intervención judicial ante un hecho en contra del bien jurídico del Estado.

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales.¹⁹³

El último recurso es el derecho penal punitivo porque si se consigue la eficacia disuasiva mediante medios notablemente menos gravosos, el sistema debe inhibirse del

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.*, 85.

¹⁹³ Raúl Carnevali Rodríguez, "Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional", *Ius et Praxis*, n° 1 (2008): 14.

uso de la herramienta más punible con la que cuenta, por su carácter cruel e inhumano. Con esta afirmación está de acuerdo Ozafrain, quien afirma que:

De las múltiples respuestas que en carácter de sanción las organizaciones políticas han sabido proferir a los individuos a lo largo de la historia -muerte, mutilación, azotes, tacha de infamia, pérdida de derechos, expulsión, multa, trabajos forzados, entre muchas otras- al día de hoy la que decididamente predomina es la pena privativa de libertad.¹⁹⁴

Sin duda en delitos de menor gravedad las penas de prisión como método de punición resultan por lo menos inconvenientes; por un lado, lo son para el reo, que se enfrenta a una circunstancia que va a resultar determinante en su vida a partir de allí, pues las prisiones -especialmente en América Latina- son lugares que no propenden a la rehabilitación del prisionero, este más bien debe sobrevivir en un entorno de intensa hostilidad que le obliga a adquirir un conjunto de hábitos tóxicos para sobrevivir. Por otro lado, el costo financiero de encarcelar a un encausado es alto para el Estado, por tanto, se considera que si la administración de justicia no acude a la punibilidad máxima cuando el delito no lo amerita por no causar un daño grave al bien jurídico protegido, está usando los recursos con eficiencia y actuando bajo el marco del Estado social de derecho que la Constitución ecuatoriana configura.

En los delitos de mayor gravedad, en cambio, la pena de prisión está plenamente justificada, ya que, siguiendo a Hurtado Pozo:

De acuerdo con el criterio de la última ratio, el poder punitivo solo debería ser utilizado para reprimir los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes. De esta manera, sirve de complemento a los esfuerzos que se hacen para reforzar las reglas de comportamiento implícitas en las normas jurídicas. Un efecto importante de estos esfuerzos es desarrollar la confianza y la lealtad al orden jurídico.¹⁹⁵

En el caso del peculado, que es cometido generalmente por funcionarios -a quienes se les ha confiado la “administración, la vigilancia o tienen la función de recibir dineros, bienes o valores y que, en ejercicio de su cargo, se apropian o hacen uso indebido de esos bienes, en su propio provecho o de un tercero”,¹⁹⁶ este se considera un delito de

¹⁹⁴ Lisandro Ozafrain, “Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera *ultima ratio*”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 46 (2016): 277.

¹⁹⁵ José Hurtado Pozo, “Corrupción y derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal*, accedido 12 de octubre de 2019, p. 5, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf.

¹⁹⁶ Aura Emerita Villalaz, *Delitos contra la administración pública según el nuevo código PENAL (Ley 14 del 18 de mayo del 2007)* (Ciudad de Panamá: Alianza Ciudadana Pro Justicia, 2007), 12.

los más graves, por lo que el uso del derecho penal máximo, también conocido como *ultima ratio*, se justifica en la importancia del bien jurídico protegido, que es la Administración y todos los servicios y la sobras que provee al ciudadano, la razón de ser del Estado como organización.

Esta necesidad de utilitarismo de la sanción y la penalización se presenta en estados garantistas, los que hallan su origen en la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de la Revolución francesa (1789), en la que señala que las penas se usarían solo si había una ocasión inapelable, y que la aplicación de la misma debería ser equilibrada y racional, de acuerdo al grado del daño ocasionado por el delito cometido.¹⁹⁷ En este momento aparece en la administración de justicia la necesidad de una valoración del delito, para en base a la misma hacer uso del aparataje judicial, o no.

Palazzo argumenta que la penalización excesiva criminaliza innecesariamente un sistema y aboga por valorar la irrelevancia de determinados hechos típicos.

En consecuencia, la declaración de irrelevancia del hecho basada en criterios “internos” no puede considerarse un procedimiento utilitarista para aligerar la sobrecarga del sistema penal, ni tampoco representa únicamente un instrumento de aplicación del principio de *ultima ratio* con el fin de evitar que la sanción penal sea desproporcionada respecto al hecho concretamente cometido. La discusión que al respecto tiene lugar en Italia se inscribe en un debate de mayor alcance sobre la erosión de los presupuestos epistemológicos del principio de legalidad.¹⁹⁸

En definitiva, rebajar al mínimo el desvalor del hecho típico debilita la legalidad, según este autor, más bien es un síntoma de un proceso general de deterioro de la legalidad. Pero tener conciencia de ello disminuye la hostilidad que generan las causas de no punibilidad debido a la irrelevancia del hecho. El principio de *última ratio* es una limitación al *ius puniendi* estatal, a su posibilidad de intervenir con violencia en la conflictividad social.

Es así que la valoración del delito que enfoca al derecho penal como *última ratio* se debe hacer en base a la estructura de un Estado democrático y conociendo el objetivo del mismo para legitimar al derecho penal al penalizar o disminuir una pena en razón de

¹⁹⁷ Asamblea Nacional Constituyente, “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, 26 de agosto de 1789: Artículo VIII. “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”.

¹⁹⁸ Francesco Palazzo, “Principio de *última ratio* e hipertrofia del derecho penal”, en *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos*, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (eds.) (Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha / Universidad de Salamanca, 2001), 437.

la dimensión del daño al bien jurídico. El derecho penal es *ultima ratio* como un recurso para alcanzar la paz social; sin embargo, el derecho penal ha sido utilizado como *prima ratio* exagerando en su uso para proteger el bien jurídico, en muchas ocasiones con un manejo jurídico y buscando penalizar simbólicamente un hecho que en términos de validez no justifica o equilibra la pena.

Los costos de asumir el derecho penal como *prima ratio* son altos, el Estado se convierte en represivo con una política criminal de amplio espectro; lo que es contrario a este modelo de Estado, se busca un Estado social, en donde se demanda colaboración para prevenir el derecho penal y no la represión con ayuda del mismo, pues una democracia se construye con la reducción de la penalidad. Se debe buscar un mecanismo que regule, equilibre o concilie un vínculo entre la formación de leyes penales o *criminalización primaria* con la aplicación de dichas leyes, *criminalización secundaria* para no caer ni en la indefensión ni en la impunidad.

Para evitar tener un derecho penal que solo busca la criminalización, penalizar ante todo el perjuicio del bien jurídico sin considerar el grado del daño recibido, se debe enfocar este derecho como un mecanismo de control social formalizado en el que se previene la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delito, pues es un derecho penal con un objetivo de mantener la paz social y no la aplicación de la pena. En la práctica, en el derecho penal dentro de un sistema procesal acusatorio hay alternativas o mecanismos que buscan dar solución a los conflictos sin que se encuentre de por medio una imposición de una pena; entre estos instrumentos se tienen:

- Acuerdos reparatorios.
- Suspensión condicional del procedimiento.

El Estado que garantiza el respeto a los derechos de los ciudadanos está fundamentado en el principio de la legalidad, pues al extender el derecho penal busca ser eficiente en la prevención. El Estado garantista se desarrolla en un contexto de separación de poderes, en donde el poder legislativo establece la norma con una jerarquía de *lex scripta*.

En la actualidad los avances tecnológicos y de comunicación han creado un contexto de vida nuevo en las sociedades, colocándolas ante situaciones nunca antes vividas y notablemente más complejas, por lo que la coloca en una categoría de sociedad de riesgos, esto ha derivado en la promoción de una gama muy diversa de nuevos tipos

penales, que busca anticiparse a la severidad punitiva en casos en donde no se requiera de la pena para la resolución del caso. De esta forma se evitará penar acciones que pueden ser controladas desde un punto de vista sancionador, pegada a la praxis y a la coherencia de un equilibrio entre el delito y la sanción.

Como conclusión del presente capítulo se puede decir que es importante confirmar el daño que motiva la culpabilidad para entonces aplicar la pena que debe ser determinada de acuerdo al daño causado para no crear impunidad, pero tampoco perjuicio al estado. El principio de proporcionalidad busca poner límites a la arbitrariedad garantizando los derechos fundamentales de las personas, dejando de lado penas exageradas ante hechos típicos poco importantes.

En el derecho penal el juzgador emite su juicio motivado, en primer lugar, por la protección a los derechos humanos, sin vulnerar las garantías de estos; y, por otro lado, se restringen los derechos de las personas que cometieron un delito. Cuando los daños ocasionados al bien jurídico no son significativos se aplica el principio de insignificancia o de bagatela, determinando que no se establece lesividad considerable o importante a los objetivos de la tipicidad real o justa.

5. Estudio comparativo del tratamiento del delito de peculado en las normas penales de Colombia y Ecuador

El Código Penal colombiano, en la sección de los delitos contra la Administración pública, clasifica el peculado en cuatro tipos: por apropiación, por uso (para beneficio propio), por aplicación oficial diferente y culposo.

Artículo 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.¹⁹⁹

Si el objeto de la apropiación no supera el valor de cincuenta salarios mínimos vigentes en el momento del cometimiento del delito, la pena será solo de entre cuatro a

¹⁹⁹ Colombia, *Código Penal*, Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000, art- 397.

diez años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo plazo, así como una multa igual al valor de lo apropiado.

El segundo tipo de peculado según el Código colombiano es por uso, el cual consta en el artículo siguiente, el 398.

El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.²⁰⁰

En el Ecuador no existe una división como la de la legislación del vecino del norte, de modo que, respecto a estos dos primeros tipos de la clasificación del delito de peculado contenidos en los artículos 397 y 398 del Código colombiano, hay un solo artículo en el Código Orgánico Integral Penal, el 278, que se refiere a los varios supuestos en su capítulo quinto, sección tercera, titulada “Delitos contra la eficiencia de la Administración pública”, y cuyo primer inciso hace una definición que contiene el peculado por apropiación y por uso:

Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.²⁰¹

Estas acciones configuran el mencionado delito porque lesionan el bien jurídico de la eficiencia de la Administración pública. Y, como puede verse, alude a abuso, apropiación, distracción y deposición de bienes y dineros en beneficio propio o de terceros. Adicional a esto, el COIP prevé algunas variables de estas acciones, según el objeto material del injusto, para lo cual, según el caso, establece las siguientes penas:

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 278, inciso primero.

bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

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

En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.²⁰²

Nótese que la pena en la norma colombiana en el caso de la apropiación va de seis a quince años, además de una multa que equipare el valor de lo apropiado, pero, esta tiene la condición de que no debe superar los cincuenta mil salarios mínimos vigentes y la inhabilitación por un plazo igual al tiempo de prisión. En el uso indebido de los recursos, bienes o dinerarios, del Estado, la pena es de uno a cuatro años.

Pero, y muy importante este punto, si el monto de la apropiación indebida supera el total de los doscientos salarios mínimos, aumenta la reclusión hasta en un cincuenta por ciento, pero no la multa; en cambio en la norma nacional la pena privativa de libertad va de diez a trece años en la apropiación, y por uso indebido de cinco a siete años. De lo citado puede colegirse que en la tipificación ecuatoriana existe dos elementos que tienen similitud con el vecino país, la multa y la inhabilitación para ocupar cargo público, sin embargo, en Ecuador la inhabilitación es permanente.

En la legislación colombiana los tipos de peculado tercero y cuarto están contenidos en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no

²⁰² *Ibíd.*, segundo, tercero y cuarto incisos.

prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 400. Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.²⁰³

La aplicación oficial diferente y el peculado culposo no constan en la tipificación nacional como tales, lo que sí establece, en el inciso cuarto del artículo en análisis, que no hace el Código colombiano, es un señalamiento específico al sistema financiero nacional, que no lleva la norma del vecino país:

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.²⁰⁴

En caso de que los actos señalados causen la quiebra (fraudulenta) de las instituciones del sistema financiero, las sanciones serán las mismas que las indicadas para el abuso, la apropiación, la distracción y la disposición arbitraria, esto es, pena privativa de libertad de entre diez a trece años.

²⁰³ Colombia, *Código Penal*, Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000, arts. 398 y 399.

²⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 278, inciso cuarto.

En cualquier caso, la norma ecuatoriana no se refiere ni a recuperación de capitales mediante procesos conciliatorios, lo que sí se encuentra en el Código Orgánico Integral Penal es una aplicación de multas cuando el reo ha sido condenado en sentencia firme a pena privativa de libertad, que en el delito de peculado (y según el citado artículo 278) va de cinco a trece años:

8. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de cinco a siete años se aplicará la multa de doce a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

9. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de siete a diez años se aplicará la multa de veinte a cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

10. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de diez a trece años se aplicará la multa de cuarenta a sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

11. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años se aplicará la multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.²⁰⁵

Estas multas, es preciso mencionarlo, son generales, es decir, no diseñadas para sancionar la conducta lesiva del delito de peculado, por tanto, sus cantidades parecen irrisorias al compararlas con las cifras que están en juego en este injusto. Por ejemplo, en el caso de la sentencia de cinco a siete años del artículo 7, inciso segundo del COIP, el salario básico unificado es de 400 dólares mensuales, de acuerdo al numeral 8 del artículo setenta pagaría entre 4 800 y 8 000 dólares estadounidenses. Para una persona procesada por otros delitos, de bajo nivel de ingresos, estos montos pueden resultar, de hecho, inasumibles; en cambio para quien se benefició o defraudó una cantidad elevada de dinero del Estado, no son apenas significativas.

Se encuentra que hay dos grandes diferencias entre los respectivos códigos, la primera es que en Colombia hay una restitución que en el país no se ha planteado, la segunda, de mayor calado en opinión de este tesista, la tipificación del tipo de peculado culposo, que permite a la Fiscalía sancionar al funcionario en proporción al delito, ya que no puede el derecho penal afrontar de la misma manera una acción dolosa de una omisión culposa. Si el funcionario no se benefició económicamente, ni en primera persona ni a través de tercero, no hay condición de dolo en el delito de peculado que se le imputa.

Sin duda en este aspecto falla la norma ecuatoriana, al centrar su efecto en el castigo de reclusión, que sin duda es justo en algunos casos, pero cuya preponderancia no

²⁰⁵ *Ibíd.*, art. 70, nums. 8 al 11.

le permite al legislador ir más allá, captar la esencia de este ilícito para poder, en alguna medida, preverlo, y, sin duda, castigarlo en su proporción adecuada. El artículo pertinente sería más efectivo si, por un lado, establece multas de montos altos específicos para el delito de peculado, con tablas según el beneficio conseguido o los dineros sustraídos, así como la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo de la penal. Además, tendría que haber una recuperación total de los montos defraudados y la multa que se otorgue debe ser ejemplificativa.

Por otro lado, debe existir una disposición en la ley que faculte a la Fiscalía a emprender un proceso de recuperación de los capitales o los bienes usados o sustraídos, con el fin de resarcir al erario y mandar un mensaje claro y potente a los posibles autores de que no se van a quedar con los recursos de ninguna manera, y que van a tener que abonar al fisco más de lo que se apropiaron, ya que las multas tienen que ser proporcionales a las cantidades que motivan el juicio. La recuperación de capitales debería ser el fin de todo el proceso, no el encarcelamiento de los sindicados, ello va en desmedro del garantismo del Estado ecuatoriano, no rehabilita al delincuente y no repara los daños al erario.

Para concluir este sucinto análisis comparativo, se considera que en ambos países las penas de cárcel son excesivas, el castigo más contundente debe ser pecuniario. La prisión tendría que ser una opción en la eventualidad de que el acusado no devuelva los bienes apropiados, o porque los tenga a buen recaudo o porque los haya enajenado como estrategia para no devolverlos.

6. El reintegro y su relación con el delito de peculado

Uno de los aspectos faltantes en la ley ecuatoriana en la tipificación del peculado, que, como se ha analizado, sí consta en la colombiana, es la necesidad de recuperar los bienes y dineros públicos y de impedir que el funcionario corrupto continúe beneficiándose de información privilegiada. Pese a que en normativa secundaria se considera esto, no se lo hace en un proceso penal, solamente en uno administrativo. Es así, como de acuerdo con lo que establece el Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, en cuanto a la determinación de la responsabilidad del funcionario involucrado en una actividad que perjudica los intereses del erario, se establece:

Art. 6.- Objeto para determinar la responsabilidad.- Como resultado del ejercicio de la acción de control y en virtud del objeto mismo de la responsabilidad en el marco de los hallazgos de auditoría, esta podrá ser administrativa y/o civil culposa, sin perjuicio de la existencia de indicios de responsabilidad penal; y, en atención a los sujetos de responsabilidad, podrá ser principal y subsidiaria, así como directa y solidaria, al tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Constituyen materia para el establecimiento de responsabilidad administrativa culposa, las acciones u omisiones producidas por la inobservancia de disposiciones legales o por el incumplimiento de funciones, deberes y obligaciones por parte de los sujetos de control.²⁰⁶

Según el inciso tercero de este artículo seis, la determinación de responsabilidad civil culposa, que es por acción u omisión, se tramita mediante órdenes de reintegro; sin que ello tenga ninguna influencia o consecuencia sobre los indicios de responsabilidad penal debidamente tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.

En la legislación española, cuya institución homóloga a la Contraloría es el Tribunal de Cuentas, la legislación considera que en la rendición de cuentas la devolución de los caudales sustraídos es una opción legítima en el tratamiento de estos hechos, ya que, siguiendo a Álvarez Tolcheff “la responsabilidad contable cumple una función compensatoria o resarcitoria, no punitivo-represiva”.²⁰⁷ Al admitir el funcionario su responsabilidad y, *conditio sine qua non*, devolver al erario sus recursos por iniciativa propia y no mediante coacción, la sanción puede quedar en el terreno de lo administrativo, que implica también una sanción en consecuencia.

Según Arnedo Orbañanos:

Se trata, en efecto, de una subespecie de la responsabilidad civil cuya finalidad es el reintegro de los daños y el abono de los perjuicios originados a los caudales y efectos públicos, como establece el artículo 59.1 de la LFTC.²⁰⁸ Ahora bien, la ausencia de rendición de cuentas o su presentación con graves defectos no entraña en sí misma ningún perjuicio para los caudales y efectos públicos.²⁰⁹

²⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.

²⁰⁷ Enrique Álvarez Tolcheff, “La falta de rendición de cuentas o la rendición con graves defectos como supuesto de responsabilidad contable”, *Seminarios 1994-1995*, Tribunal de Cuentas (Madrid: Tribunal de Cuentas, 1996), 245.

²⁰⁸ LFTC: Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

²⁰⁹ Miguel Ángel Arnedo Orbañanos, “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 1, n. ° 3 (1999): 69.

En el Código Penal colombiano, ya citado, en 2011 se llevó a cabo una modificación (artículo 25 de la ley 1474) la administración de justicia considera la devolución o reintegro de los caudales una acción que favorece al reo:

Artículo 401. Circunstancias de atenuación punitiva. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.²¹⁰

Una cuestión que deja muy clara este artículo es la importancia del tiempo en la iniciativa del reintegro de lo distraído, ya que la penalización disminuye más cuanto antes se realice. Según Fiscalía General de la Nación /Colombia) y la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, la rebaja de penas no procede cuando el reintegro no es voluntario, y aclara los siguientes puntos:

- El reintegro habilita una rebaja en la pena.
- El reintegro no modifica la tipicidad de la conducta.
- El reintegro no impide la consumación de la conducta y ocurre de manera posterior a su consumación.
- No opera el beneficio cuando la recuperación no es hecha por el procesado. En todo caso se tiene claridad en torno a que el reintegro debe ser un acto voluntario.
- El reintegro beneficia a todos los coautores.
- El reintegro no tiene incidencia en el término prescriptivo.
- El reintegro constituye un fenómeno posdelictual que no afecta los mínimos ni máximos establecidos en los tipos penales.²¹¹

Pese a que tiene un cierto efecto de remisión, de condonación de la pena, no totalmente, ya que el reintegro solo concede una rebaja de la pena de prisión establecida. Pese a que el perdón judicial es una figura de larga tradición en varias prácticas legales desde la antigüedad hasta la actualidad, la remisión en los delitos de peculado, concusión, cohecho y enriquecimiento ilícito parecería estar atada a la imprescriptibilidad de estos delitos, de acuerdo al segundo inciso del artículo 233 de la Constitución: “La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los

²¹⁰ Colombia, *Penal*, Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000, art. 210.

²¹¹ Fiscalía General de la Nación / Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Tipologías de corrupción en Colombia: Peculado* (Bogotá: Fiscalía General de la Nación / Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2018), 17.

juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.²¹²

Asimismo, el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal, referente a las reglas a las que deben sujetarse los participantes del proceso penal, en el numeral 4 establece que:

4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales; y, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.²¹³

Como puede colegirse por la norma citada, no es posible en este momento aplicar la remisión a los delitos de peculado cuando interviene el reintegro antes o durante el juicio y al conocerse la sentencia, debido a que en la legislación nacional esta se halla entre los delitos que no prescriben.

Sin embargo, en opinión de este investigador, la forma cómo está concebido el tratamiento del delito de peculado perjudica al Estado por tres razones:

- Primera: al no establecer la obligatoriedad de la devolución de los dineros, afecta las arcas públicas, que se quedan sin lo que tenían. Con ello, además, esa lesión a la eficiente administración pública alcanza una posible reparación simbólica a través de una sentencia, pero no material.
- Segunda: en el país no hay multa que supla la pena privativa de la libertad, solo cárcel, lo que implica que en la práctica no se reciba una reparación dineraria por la desposesión temporal.
- Tercera: Activar un proceso penal en la mayoría de veces cuesta mas de lo que se recupera en concepto de reparación integral.

Por tanto, en la gestión de estos delitos, la fiscalía debe pasar a desempeñar un papel protagonista, esto es, el Estado debe reformar el artículo 278 y ampliar su contenido en el sentido descrito en las viñetas y establecer la obligatoria de la recuperación de los

²¹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 233.

²¹³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 16, numeral 4.

recursos sustraídos por los procesados a la Fiscalía como la responsable única de realizar una negociación. Así, lo que en realidad se protege, la eficiente administración pública como una herramienta al servicio de los ciudadanos, tiene, al menos, una posibilidad de recuperar aquellos bienes que, por la errónea utilización, fueron dispuestos y con ello, se repara incluso esta capacidad de servicio, pues se vuelve a contar con aquellos bienes necesarios para su ejecución.

Capítulo tercero

Análisis de un caso práctico relacionado con la aplicación del principio de lesividad

En ocasiones se presentan casos de presunta corrupción ante el sistema de administración de justicia que llegan cargados de presión mediática por varias probables razones: una de ellas puede ser la fama (o popularidad) del protagonista, que es conocido en el país por algunas de sus acciones (generalmente controvertidas) en la gestión pública; otra son sus relaciones con ciertos personajes célebres por sus acciones o sus omisiones.

Algunos casos llegan al juzgado después de haber pasado por las televisiones y los periódicos, es decir, cuando ya el público ha juzgado y condenado. Son muchos los medios de comunicación en el país hacen un periodismo que dista mucho de ser ético y riguroso, buscan el golpe de efecto que los haga líderes fugaces de esas audiencias tan poco leales, pero tan rentables. Muchas veces, por no decir todas, no se informa todo o no entienden jurídicamente los hechos, los periodistas no son especialistas en el tema y no investigan lo suficiente.

El caso que se analiza a continuación cumple con algunos de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, llegó al lugar en el que debían juzgarle los profesionales con competencia para ello en medio de un escándalo mediático que coló el tema en el foco de atención de todos los medios. Era asunto de portada de periódicos y de apertura de programas.

1. Análisis del caso GPS de Ricardo Antón Khairalla versus Contraloría General del Estado

Ricardo Antón Khairalla dirigió la Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de 2009 a julio de 2011, cuando presentó la renuncia debido a presiones por una glosa de cerca de un millón de dólares que la Contraloría General del Estado le impuso.

1.1. Antecedentes del caso en cuestión

Entre los años 2009 al 2010 sucedieron en el país accidentes de tránsito que se cobraron la vida de aproximadamente nueve mil quinientas personas.²¹⁴ Ricardo Antón, máxima autoridad de tránsito de la época, buscaba una solución para detener las altas cifras de accidentes de tránsito y su consecuente mortalidad en la carretera. Consideró como estrategia para el control de velocidad de las unidades de transporte público de pasajeros y de carga proveer de sistemas de localización GPS a cada una de las unidades, en un intento por controlar de alguna forma la alta velocidad que los conductores imprimen a los automotores.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES, estableció que era necesaria y urgente la colocación de los GPS en las unidades de transporte, producto de lo cual se inició el proceso de licitación. Se invitó a 616 oferentes de las cuales las empresas Carseg y el Consorcio Raptor fueron los únicos que presentaron sus propuestas, de las cuales el segundo de ellos ganó el contrato.

El Consorcio Raptor estaba conformado por tres empresas, que son: Continental Tire, Intelmaster y Raptor Mobile, la última gana el contrato por un monto de 29,5 millones de dólares por la comercialización de 69 960 dispositivos satelitales GPS de localización en tiempo real, que debían instalarse tanto en el transporte urbano como en el interprovincial del país.

Desde el inicio del proceso de contratación este contrato estuvo en la mira de los medios de comunicación, quienes constantemente publicaban fallos en el proceso,²¹⁵ observaciones de carácter técnico,²¹⁶ sobreprecio,²¹⁷ entre otros. Creando una imagen de desprestigio, que daba la impresión de ser una persecución mediática a ese contrato.

²¹⁴ El Universo, “13 personas mueren a diario en accidentes de tránsito”, *El Universo*, 26 de febrero de 2012.

²¹⁵ El Universo, “La Fiscalía libera de culpas a Ricardo Antón en el caso GPS”, *El Universo*, 22 de marzo de 2013. “Con fecha 7 de abril del 2011 el INCOP recomendó que se suspenda la contratación de los equipos GPS debido a serias observaciones de carácter técnico y de procedimiento”.

²¹⁶ *Ibíd.* Como uno de los múltiples fallos en el proceso está el hecho de que se asignó tan solo el 5% de los puntos para la calificación de información técnica de gran “importancia”, mientras que se da 70% al rubro de personal técnico y de talleres, con lo cual prácticamente se direccionó la licitación hacia el grupo Raptor y pidió la suspensión del proceso iniciado por la ANT. Asimismo, el INCOP llama seriamente la atención de Antón por la distorsión del proceso al introducir, posteriormente a la licitación, el requisito de que los oferentes presentaran el respaldo de clientes corporativos y de empresas de certificación, lo cual no era conocido por la mayoría de licitantes y permitió que fueran rechazadas.

²¹⁷ Según especialistas consultados, y transportistas que ya cuentan con un servicio de GPS, el valor por control mensual que cobra Raptor es más del doble de los quince dólares que actualmente ellos pagan a la empresa Tecnología Equinoccial (TECCIAL) por el mismo servicio de transmisión de datos, Según información que difundió Teleamazonas, la compra de los GPS tendría un escandaloso sobreprecio, ya que

Siguiendo con el proceso, luego de calificada la oferta el 23 de mayo del 2011, se suscribe el contrato el 15 de junio del mismo año, después de pasar por el siguiente proceso:

Tabla 1.

Evolución histórica del proceso de los GPS

18/1/2010	Orlando Rodríguez A., asesor de Antón pide a la ministra de Producción y otros la aprobación de GPS en buses
13/12/2010	Cintha Guerrero presenta a Antón la necesidad de GPS y pide autorización de fondos.
23/12/2010	Orlando Rodríguez A. detalla el plan de GPS al área de compras.
05/01/2011	Pedro Asanza, director financiero, confirma la disponibilidad de fondos.
07/01/2011	Arturo Balseca, Director Jurídico, entrega el informe sobre el contrato.
24/01/2011	Nathalie Cely, Ministra de la Producción da prioridad al proyecto GPS.
27/01/2011	René Ramírez G. Secretario de Planificación le da prioridad al proyecto.
21/02/2011	Homero Arellano, Ministro de Seguridad crea una Comisión sobre seguridad, que recomienda el GPS.
02/03/2011	Carlos Soria B. Secretario de Finanzas, pide a Homero Arellano su criterio sobre el plan.
10/03/2011	Orlando Rodríguez, Director de Desarrollo, informa sobre la reducción del presupuesto de 40 a 26 millones.
16/03/2011	Antón confirma la Comisión Técnica para la Contratación de GPS.
17/03/2011	Orlando Rodríguez, convoca a los miembros de la Comisión para aprobar el informe de compra.
29/03/2011	Antón aprueba los pliegos de compra para 69 000 GPS.
07/04/2011	Jorge González del INCOP, critica que no estén claros los métodos de calificación de las empresas.
15/04/2011	La comisión recibió tres ofertas: Technology Equinoccial, Consorcio Recorauto y Consorcio Raptor.
15/04/2011	González del INCOP, sugiere la suspensión del proceso de contratación por las múltiples irregularidades.
04/05/2011	Antón pide al INCOP que levante la suspensión del proceso, lo que ocurre el 11 de mayo por intervención de Rafael Correa.
24/05/2011	Se adjudica el contrato de GPS a Raptor por un valor de 26.38 millones.
15/06/2011	Antón y Diego Pavón de Raptor firmaron el contrato.

Fuente: El Universo 2018

Elaboración: Propia

En resumen, se puede decir que el proceso se inicia el 18 de enero de 2010 y finaliza el 15 de junio de 2011 con la firma del contrato, intervienen, en representación

RAPTOR los habría importado a 77 dólares cada uno, mientras que la ANT fijó en 280 dólares el precio según el contrato. O sea que, estamos hablando de una diferencia de 203 dólares por equipo.

de la Agencia Nacional de Tránsito, ATN, Ricardo Antón; y por la empresa Raptor, Diego Pavón.

2. Informe de la Contraloría

En un inicio auditores de la Contraloría emiten un informe contractual con indicios de responsabilidad penal sobre el contrato de adquisición de 69 960 aparatos GPS, con fecha 20 de marzo del 2012, al Consorcio Raptor por un valor de 26,38 millones, con varias novedades entre las que se dice que:

- Las especificaciones técnicas del contrato se incumplieron debido a que el producto entregado no correspondía al producto contratado.
- El cronograma de entrega no se había cumplido en los plazos estipulados.
- Califican a Raptor como empresa fantasma, pues no declaraba información sobre las personas jurídicas que lo componían.
- La empresa Raptor no cumplió con el requisito de veinte contratos mínimos de experiencia
- La empresa Raptor no proporcionó ninguno de los contratos similares con empresas estatales.
- La empresa Raptor no certificó experiencia en la venta, instalación y prestación de servicios de equipos GPS, por lo que no estaba en capacidad de contratar.
- Después de producida la renuncia de Ricardo Antón, renunció el asesor técnico para el control del proyecto GPS, Orlando Rodríguez Andrade, dejando sin control el proyecto por el lapso de cinco meses.
- Los GPS importados no concuerdan con el producto contratado. El GPS contratado era el LMU 1200 fabricado por CalAmp de los Estados Unidos, y el modelo importado es el Enfora MT 2500, producido por Enfora Inc Subsidiaria de Novatel, Wireless Inc.
- El control de transmisión que se aceptó fue de treinta dólares, existiendo ofertas como la de Equinoccial a un costo de 15 dólares mensuales por el control de transmisión de datos, la ANT aceptó un costo de 30 dólares al mes, sin que dieran explicación del concepto.

Se determinó, además, que funcionarios públicos entre los que se encontraba el asesor de Ricardo Antón, el director de finanzas de la Agencia Nacional de Tránsito, eran

socios de Intelmaster, una de las empresas que conformaba el grupo Raptor. Se encuentran, asimismo, aspectos que inhabilitaron a unas empresas para la licitación mientras que Raptor tenía las mismas fallas, sin que esto llegue a ser impedimento para su selección.

3. Actuación de fiscalía

Ya en la investigación del caso a cargo de la fiscal María Susana Rodríguez, está emite dictamen abstentivo del delito peculado por malversación de fondos públicos al exdirector ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito (ANT), Ricardo Antón. Decisión que es ratificada por el fiscal provincial de Pichincha, Miguel Jurado, quien libera de responsabilidad en la supuesta compra irregular de 69 970 equipos de rastreo o GPS para buses de transporte. Esta decisión la toma la fiscal del caso argumentando que los indicios de responsabilidad penal establecidos por la Contraloría son presunciones de derecho, que no pueden establecerse como prueba, determinando a su vez que si bien existe una diferencia en las especificaciones técnicas de los equipos entregados, estos son mejores que los contratados y por lo tanto no se puede evidenciar un daño material al Estado, ya que en todo momento este siempre ha ganado, sin que exista por este sentido un daño real, verificable y cuantificable.

En la audiencia de dictamen se indicó que en el caso de los GPS no existe peculado y si hubiera irregularidades serían falencias administrativas, por lo que no le corresponde a Fiscalía conocer el caso.²¹⁸

Además, en la audiencia preparatoria a juicio, que se desarrolló en el Juzgado Tercero de Garantías Penales de Pichincha, la Fiscalía argumentó que su decisión se basó en los informes técnicos de:

1. Instituto de Compras Públicas.
2. Escuela Politécnica del Ejército.
3. Procuraduría General del Estado.

En estos informes se estableció que la calidad de los equipos era superior a la convenida y, por tanto, al no existir perjuicio para el Estado, no hay lugar a la tipicidad del delito de peculado. En el análisis del caso puede concluirse que un manejo político es susceptible de influenciar en la apreciación de la sociedad sobre un caso en el cual no

²¹⁸ El Universo, “La Fiscalía libera de culpas a Ricardo Antón en el caso GPS”.

existe ningún daño real y concreto (requisito necesario para que se dé el peculado) al bien jurídico. La Contraloría General del Estado, a través de un informe malicioso, criminaliza una acción que la Fiscalía no pudo comprobar, y por eso se absuelve del delito de peculado por malversación de fondos públicos al exdirector ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito (ANT), Ricardo Antón; decisión que es ratificada por el fiscal provincial de Pichincha, Miguel Jurado, quien libera de responsabilidad en la supuesta compra irregular de 69 970 equipos de rastreo o GPS para buses de transporte.

El encausado argumento que los elementos recabados por la fiscalía demostraban que los aparatos de localización GPS recibidos eran de forma notable superiores a los solicitados; pero, en la Contraloría, los funcionarios a quienes competía el análisis del caso solo estaban interesados en el hecho -por lo demás verificable- de que lo recibido era distinto a lo comprado. Para el funcionario a quien le compete el control de los otros funcionarios el incumplimiento de una norma, sin que medie beneficio alguno que pueda derivarse en un posible peculado. De lo que se puede -y debe colegir- que aquí fallan dos cosas: la primera es la interpretación rigorista y -a menudo- radical que se hace de la normativa, ya que califican como peculado lo que, en realidad, es una falta administrativa, es decir, no es grave. No lesiona ningún bien jurídico protegido porque no llega a beneficiar económicamente ni a sí mismo ni a terceros. Lo segundo es que existe en el país una falla en la propia normativa, que da lugar a este tipo de excesos de los controladores.

La Fiscalía toma la decisión de emitir dictamen abstentivo a favor de Ricardo Antón, pues comprobó que los GPS entregados por la empresa eran mejores que los contratados, en este caso se benefició el Estado, sin embargo, un ataque de medios de comunicación influye en la sociedad al crear en sus comentarios la idea de que el exdirector de la ATN perjudicó al Estado millonariamente.

4. Análisis personal del caso

El presente caso explica como la falta de aplicación del principio de lesividad en un delito de peculado hace que los excesos del sistema punitivo sean notorios, por un lado podemos observar como la Contraloría General del Estado por obtener un protagonismo de acción, saltó a la palestra pública a presumir que había realizado un informe con indicios de responsabilidad penal por existir irregularidades en la compra pública de los

GPS, basándose únicamente en la lectura de las características técnicas de ambos equipos, ofertados como los entregados.

Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que no se tomaron la molestia de realizar una verificación técnica para comprobar si los equipos entregados eran de inferior o superior calidad, entonces las actuaciones que tomó la Contraloría se basaron únicamente en documentos y en el contexto de la norma que consideró que, por ser el objeto entregado diferente al contratado, ya constituía según su criterio un delito de peculado.

Y por otro lado el exceso de la Fiscalía de llevar el presente caso a la activación del proceso penal, iniciando una instrucción fiscal para luego abstener de acusar por no poder encontrar la materialidad de la infracción, actuación como tal que se pudo haber evitado si se analizaba a profundidad si existía o no una lesividad en la conducta penal a ser imputada.

Es por eso que la postura personal a ser aplicada en este tipo de casos está basada en la teoría expuesta de la debida aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador, mediante la cual se hará una debida diferenciación de las conductas que puedan solucionarse por vía administrativa y las que sean de relevancia penal, en la que se observe un perjuicio económico al Estado, donde sea sostenible que la vulneración a la norma fue un instrumento doloso para conseguir este fin, pueda llevarse ante los tribunales para su efectiva sanción.

Conclusiones

Al finalizar esta investigación de tesis se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Puede afirmarse que el Estado usa el poder de castigar que posee de forma monopólica, el denominado *ius puniendi*, para garantizar la convivencia entre los ciudadanos, quienes cedieron sus libertades a una entidad superior para que les proteja de quienes pretendan usurparlas usando la violencia u otros métodos definidos como ilícitos por la norma. Después, con el avance teórico del derecho y de la filosofía de este, la libertad se tornó en lo que la moderna ciencia del derecho ha denominado bien jurídico, en las naciones democráticas uno fundamental.
2. Se concluye, asimismo, que el ejercicio del *ius puniendi* se legitima mediante la protección de los bienes jurídicos, concepto esencial para el principio de lesividad, ya que si no hay lesión al bien jurídico no se pone en funcionamiento la maquinaria estatal del derecho penal. Este, por otro lado, tiene un marcado carácter fragmentario, no protege todos los bienes jurídicos, solo los que considera más importantes de las conductas más graves para la sociedad de ese tiempo y ese lugar. Junto a esta concepción también se desarrolló el principio de lesividad (que algunos sistemas jurídicos llaman de ofensividad).
3. El derecho penal, es decir, el ejercicio del *ius puniendi* estatal, cuenta en los regímenes democráticos con varios principios que limitan su accionar, además del de lesividad, están los de mínima intervención penal y el de proporcionalidad, que evitan posibles arbitrariedades impidiendo que el Estado de derechos se torne en uno de características punitivas. El de mínima intervención penal se aplica a las atribuciones del fiscal, que en su actuación debe hacer un de equilibrio entre el interés social y la protección de las víctimas; el de proporcionalidad trabaja por la medida en la aplicación del derecho penal, aplicando penas mayores a los delitos más graves. En el juicio de lesividad el Estado tiene una de sus mayores herramientas para revertir actos injustos cometidos contra sus administrados.
4. Se puede decir que el principio de lesividad le otorga al derecho penal un espíritu garantista cuando este tiene que sancionar las conductas humanas que lesionan los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En los delitos de peculado los órganos de control que vigilan el uso de fondos públicos, y el buen uso de ellos,

hacen uso de un sistema de derecho penal máximo, es decir, aplican todo el peso del *ius puniendi* del Estado, alejándose de principios como el de proporcionalidad en la relación entre el delito y la pena.

5. De este modo, se considera que el principio de proporcionalidad, que es producto del derecho liberal y pro-reo, ayuda a establecer en el sujeto infractor y en la ciudadanía conciencia de que los actos en contra del Estado también implican consecuencias, imponiendo penas que están en concordancia con el daño causado. Pero, el tamiz de la aplicación de este principio por parte de los juzgadores, es decir, de la Administración, es la medida del derecho penal, que no penaliza más allá de lo que es justo y proporcionado, de esta forma se garantizan los derechos tanto de víctimas como de victimarios. Distinto es el desarrollo del delito de peculado en la legislación nacional, donde su tipificación está redactada de tal manera que se presta a interpretaciones rigoristas, e incluso, antojadizas. La coyuntura determina un comportamiento en los funcionarios controladores y administradores de justicia que deriva en un talibanismo judicial.
6. El peculado, que desde sus orígenes en el derecho romano se refiere a un delito cometido contra los bienes públicos, sigue siendo como en aquella época uno de los más penalizados, debido a la gravedad del daño y a la importancia del bien jurídico lesionado. Aunque existen varios criterios respecto a cuál es el bien que se protege con la tipificación, algunos afirman que es la *res* pública, otros que es el funcionamiento del Estado lo que ataca, se llega a la conclusión en esta investigación de que ambas posturas están en lo cierto. Igualmente, el peculado es un delito de carácter fundamentalmente doloso, ya que el sujeto que comete el ilícito para beneficiarse a sí mismo o a tercero tiene plena conciencia de que causa un daño.
7. Igualmente, se colige que el problema de la inadecuada tipificación del delito de peculado se halla, sin lugar a duda, en la aplicación del principio de lesividad, que no atenta contra los derechos del ciudadano infractor al no excederse en la punitivización del acto ilícito que cometió, lo que, por otro lado, se encuentra garantizado en los tratados internacionales (de todos ellos signatario el Ecuador) el respeto a los derechos de los individuos que delinquen por parte del Estado.
8. El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que infunde la praxis del derecho penal del espíritu del respeto a los derechos humanos, este sustenta que al juzgar un delito se debe hacer uso de la norma de más amplia interpretación

- cuando se trata de proteger derechos reconocidos, en cambio, se apela a la norma más restrictiva cuando se van a establecer limitaciones al ejercicio de los derechos.
9. El bien jurídico que protege la actuación del funcionario son los bienes y dineros públicos, como objeto material, pero cuando se apropia, enajena o malversa, afecta a la eficiencia de la administración pública, que es el bien jurídico. Pero la ponderación de los daños, de acuerdo con el principio de insignificancia, remite a la necesidad de no perseguir y castigar una acción que, aunque se presume delictiva, no ha ocasionado daño al bien jurídico que ese tipo penal pretende proteger, puesto que de hacerlo estaría haciendo uso del derecho penal máximo, por tanto, vulnerando principios constitucionales.
 10. El delito de peculado, analizado desde el principio de la *última ratio*, que significa la razón última, permite establecer un límite al *ius puniendi* con el argumento de que en delitos de menor gravedad resultan inconvenientes las penas de prisión no solo para el individuo sobre el que recae la pena, también para el Estado por cuanto mantener a alguien en prisión le significan erogaciones, además de para la sociedad en su conjunto, que pierde a un ciudadano útil por un error involuntario y recibe a un sujeto cambiado a peor al salir de la cárcel. Esto es especialmente cierto en América Latina, donde la reinserción social es una noción puramente teórica.
 11. Para los delitos de mayor gravedad, en cambio, la doctrina justifica la pena de cárcel, ya que el derecho penal tiene como función reprimir los ataques graves a los bienes jurídicos. En el caso del peculado, cuando el tipo se prueba, se considera uno de los delitos más graves, al atentar contra la sociedad entera en tanto afecta al funcionamiento de las entidades estatales.
 12. En cuanto a la dosificación del principio de lesividad en el delito de peculado, tema tratado en el capítulo dos, se considera que se debe ponderar el daño causado al bien jurídico para la definición de la pena, de lo contrario se está usando el derecho penal máximo en la actuación del aparataje estatal, lo que, entre otras cosas, contradice el Estado social garantista de derechos que es el Ecuador según determina la Constitución.
 13. En el análisis del caso práctico constante en el capítulo tres, desde el punto de vista del principio de lesividad se pudieron obtener algunas útiles conclusiones, la principal es que los controladores no fueron exhaustivos en sus análisis, ya que emiten su informe contractual de indicios de responsabilidad penal sin hacer los

análisis técnicos suficientes para establecer, tal como sostenía el sindicato, que no había habido perjuicio alguno al Estado en la compra.

14. Puede, pues, concluirse que en estos casos mediáticos hay un alto componente de manejo político que influye, mediante el amarillismo de los medios de comunicación, en la percepción equivocada de la sociedad para hallar *a priori* corrupción en donde no la hay. Se entretiene a las masas echando a una presa a la arena, mientras los manejos realmente corruptos de los recursos públicos continúan su curso. En este caso la Fiscalía, después de haber permitido la filtración a la prensa y su posterior linchamiento mediático, absolvió al acusado de las imputaciones infundadamente realizadas. Una actuación de enorme irresponsabilidad de los órganos controladores y de la administración de justicia, puesto que la reputación de una persona quedó dañada para mucho tiempo.
15. La movilización del aparataje judicial para intervenir penalmente en casos de mal uso de los bienes jurídicos por parte de funcionarios públicos es, en primer lugar, prejuicioso y anticipado, puesto que se condena una glosa en el tribunal de la opinión pública, sin que la administración de justicia haya llevado a cabo su investigación, esto es, que haya hecho su trabajo técnico y profesional, para el que la Constitución y la ley la facultan; segundo, al aplicar el derecho penal máximo a casos que no dañan gravemente el bien jurídico tutelado, crean perjuicios económicos a las arcas públicas, pues la movilización del aparataje estatal cuesta dinero.
16. El principio de lesividad requiere que la comisión de los actos afecte a la sociedad, y el sujeto activo debe ser un funcionario. El principio de lesividad indica una dirección del derecho penal ante las sanciones que debe imponer a las conductas humanas direccionadas a lesionar bienes jurídicos protegidos constitucionales; sin embargo, hay que analizar cada caso para comprobar si en realidad se le afectó de una forma grave que amerite sea penado de una forma similar. En resumen, el principio de lesividad limita al derecho penal a actuar de una forma donde el Estado no exceda su poder punitivo.
17. Además, se vulnera impunemente la presunción de inocencia, puesto que el derecho que se debe confirmar el daño que motiva la culpabilidad antes de aplicar la pena, la cual debe ser determinada de acuerdo con el daño causado para no crear impunidad, pero tampoco perjuicio al Estado. De este modo, el principio de proporcionalidad busca poner límites a la arbitrariedad garantizando los derechos

fundamentales de las personas, dejando de lado penas exageradas ante hechos poco importantes, que no constituyen actos típicos del derecho penal.

18. Cuando los daños ocasionados al bien jurídico no son significativos, se aplica el principio de insignificancia o de bagatela determinando que no se establece lesividad considerable o importante a los objetivos de la tipicidad real o justa.
19. En el análisis del caso, claramente se ha podido observar un manejo político que busca criminalizar una acción que la Fiscalía no pudo comprobar y por eso se absuelve del delito de malversación de fondos públicos al ex director ejecutivo de la Comisión Nacional de Tránsito (CNT), Ricardo Antón; decisión que es ratificada por el fiscal provincial de Pichincha, Miguel Jurado, quien libera de responsabilidad en la supuesta compra irregular de 69 970 equipos de rastreo o GPS para buses de transporte público.
20. En el delito de peculado la acción es una cuestión coral, puesto que se requiere de la participación de varios funcionarios, determinados estos a llevar a cabo diferentes actividades que concluyen en un perjuicio al Estado.
21. Es evidente, por otro lado, que la norma colombiana es más integral en su enfoque que la ecuatoriana, al establecer, además de la pena de cárcel, una multa y la inhabilitación para ejercer cargo público durante un periodo igual al del encarcelamiento, en nuestro caso es de por vida, tornándose una pena de cadena perpetua.
22. Por tanto, se concluye que la norma ecuatoriana, el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, También se hace evidente que el artículo 278 requiere de una reforma en el sentido de modificar el enfoque que se le da a la ley actualmente, ya que esta es eminentemente punitiva. Un punitivismo de carácter estéril, que no vela por los intereses del Estado, que se empeña en la pena por la pena y no busca la reparación del bien jurídico protegido, esto es, la devolución de los dineros.
23. Mandar a prisión a los sentenciados por el delito de peculado es un castigo estrictamente punitivo, pero no tiene los alcances reparativos que debería tener la justicia en un Estado de derechos como es el ecuatoriano. La cárcel tendría que ser en este tipo de delitos el castigo si no hay devolución de lo sustraído o distraído, y no la pena por defecto de la legislación nacional.
24. Igualmente, el Estado debe establecer un mecanismo de negociación de la devolución de los dineros sustraídos al erario, que debería ser llevada a cabo entre la procuraduría, los involucrados y el fiscal a cargo del caso. De donde se deduce

que el fiscal debe ser dotado de esta competencia. Lo que implica que ninguna otra entidad tendría derecho u obligación de ocuparse de esta gestión para resarcir al Estado de sus pérdidas dinerarias.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel. “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”. *Revista Penal*, n. ° 2: (2006): 3-45.
- Abello Gual, Jorge Arturo. 2015. “La autoría y participación en el delito de peculado”. *Revista de Derecho Público* (35): 2-29.
- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales, 2015.
- Álvarez Tolcheff, Enrique. “La falta de rendición de cuentas o la rendición con graves defectos como supuesto de responsabilidad contable”. En *Seminarios 1994-1995*, de Tribunal de Cuentas, 239-58. Madrid: Tribunal de Cuentas, 1996.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Aristóteles. *Política*. Madrid: Ediciones Patricio de Azcárate, 1873.
- Arnedo Orbañanos, Miguel Ángel. 1999. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”. *Revista Española de Control Externo* 1 (3): 61-90.
- Asamblea Nacional Constituyente. 1789. “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”. 26 de agosto de 1789.
- Barrientos Pérez, Deisy Janeth. “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”. *Revista Nuevo Foro Penal* XI, n. ° 84 (2015): 90-135.
- Baytelman, Andrés, y Mauricio Duce. *Litigación penal juicio oral y prueba*. 2.ª. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Beccaria, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Berlin, Isaiah. *Conceptos y categorías*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3.ª. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Betancur Nódier, Agudelo. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Nuevo Foro, 2014.
- Blanco Lozano, Carlos. *Derecho penal: parte general*. Madrid: La Ley, 2003.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

- Cabezas Cabezas, Carlos. “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* XX, n. ° 2 (2013): 81-120.
- Calvachi Cruz, Reinaldo. “El peculado bancario”. *Iusris Dictio* I, n. ° 2 (2000): 98-108.
- Carbonell, Miguel. “Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 9-12. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis*, ° 1 (2008): 13-48.
- Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte especial*. 4.ª. Vol. V. Bogotá: Themis, 1993.
- Carrasco Iriarte, Hugo. *Glosario de términos fiscales, aduaneros y presupuestales*. 2.ª. Ciudad de México: Iure, 2003.
- Colombia. *Código Penal*. Diario Oficial 44097, 24 de julio, 2000.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- De Alfonso Laso, Daniel. “La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público”. *QDL*, ° 24 (2010): 58-69.
- De la Mata, Norberto, y Xavier Extabarría. *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995.
- De la Mata Barranco, Norberto. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17 (2006): 81-152.
- De la Mata, Norberto, y Xavier Extabarría. *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995.
- De Luca, Javier. *Cohecho y concusión*. Buenos Aires: La Ley, 1999.
- Delgado Gil, Andrés. “Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública”. *ADPCP* LXII (2009): 358-425.
- Díaz-Fustamante, Alexander. “La imputación en el delito peculado”. *Tesis de maestría*. Piura: Universidad de Piura, 2017.

- Díaz García, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. *Revista Ius et Praxis*, ° 2 (2012): 33-76.
- Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”. *Cuestiones Constitucionales*, n. ° 26 (2012): 65-106.
- Díez Ripollés, José Luis. “El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista”. *Jueces para la Democracia*, n. °30 (1997): 10-9.
- Donna, Edgardo. *Derecho penal. Parte especial*. Vol. III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- Dromi Casas, José Roberto. “Acción de lesividad”. *Revista de Administración Pública*, n. ° 88 (1979): 209-26.
- Durán Ponce, Augusto. “Concusión”. *Derecho Ecuador*. 20 de septiembre de 2018. <https://www.derechoecuador.com/concusion->.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio 2002.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- . *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial 536, 8 de abril de 2015.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- El Universo. “La Fiscalía libera de culpas a Ricardo Antón en el caso GPS”. *El Universo*. 20 de noviembre de 2018. <https://www.eluniverso.com/2013/03/22/1/1355/fiscalia-libera-culpas-ricardo-anton-caso-gps.html>.
- El Universo. 2012. “13 personas mueren a diario en accidentes de tránsito”. *El Universo*, 26 de febrero.
- España. *Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*. Boletín Oficial del Estado 236, 2 de octubre de 2015.
- Esquivel Vásquez, Gustavo. *El juicio de lesividad y otros estudios*. 2.ª. Ciudad de México: Porrúa, 2004.

- Esteves Rodríguez, Manuel. *Etimología grecolatina. Diccionario*. Almería: Círculo Rojo, 2015.
- Etimologías de Chile. “Peculado”. *Etimologías de Chile*. Accedido 5 de junio de 2019. <http://etimologias.dechile.net/?peculado>.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Normativización del Derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- . *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Jurista Editores, 2009.
- Fernández de Cevallos y Torres, José. “Blanqueo de capitales y principio de lesividad”. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- Fernández, Juan. *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006.
- Fernández González, Miguel Ángel. *Principio constitucional de igualdad ante la ley*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . “El principio de lesividad como garantía penal”. *Nuevo Foro Penal*, n. ° 79 (2012): 100-14.
- . *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. Ciudad de México: Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008.
- Fiscalía General de la Nación / Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Tipologías de corrupción en Colombia: Peculado*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación / Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2018.
- Flores, Gustavo, y José García. *Manual de práctica procesal en los juicios por peculado*. 2.ª. Quito: Editorial S.E., 1982.
- Furnari, Esteban Carlos, y Roberto Oscar Furnari. “El derecho procesal administrativo y el instituto de la acción de lesividad”. *Derecho Universidad de Buenos Aires*. 28 de octubre de 2019. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-furnari.pdf>.
- Gargarella, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós, 2013.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho penal. Parte general*. 3.ª. Vol. II. Santiago de Chile: Themis, 2008.
- Goseilo, Antonieta. “Los bienes jurídicos penalmente protegidos”. *Lecciones y Ensayos* XLVI, n. ° 1 (1993): 25-40.

- Gómes, Luiz Flavio. “El principio de legalidad y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la *lex populi*”. En *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos: In memoriam*. Vol. I., editado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, 1027-56. Cuenca / Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha / Ediciones Universidad Salamanca, 2001.
- Gomes, Luiz Flavio. “Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal: contribución al estudio del delito en cuanto hecho ofensivo típico, lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.
- Hairabedián, Maximiliano. “La insignificancia como criterio de oportunidad para la disponibilidad de la acción penal”. *Actualidad Jurídica*, n. ° 236 (2017): 8644-9.
- Heidegger, Martin. *¿Qué es metafísica?* Traducido por Xavier Zubiri. Madrid / Santiago de Chile: Cruz del Sur, 1963.
- Hernández Aguirre, Christian. “Reflexiones sobre el principio de contradicción en el proceso penal acusatorio”. *Prospectiva*, n. ° 5 (2015): 55-85.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial, 2018.
- Hurtado Pozo, José. *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general*. Guatemala: Organismo Judicial, 1999.
- Hurtado Pozo, José. “Corrupción y derecho penal”. *Derecho Penal*. 12 de octubre de 2019.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf.
- Islas Montes, Roberto. “Sobre el principio de legalidad”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XV*: (2009): 97-108.
- Jakobs, Günter. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1981.
- Kindhäuser, Urs. 2012. “Acerca del concepto jurídico penal de acción”. *Cuadernos de Derecho Penal* (7): 11-42.
- Kierszenbaum, Mariano. “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas”. *Lecciones y Ensayos*, n. ° 86 (2009): 187-211.
- Lascuraín Sánchez, Juan. “Bien jurídico y objeto protegible”. *ADPCP LX*, (2007): 119-63.

- Laso, Daniel de Alfonso. “La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público”. *QDL*, 24 (2010): 58-65.
- Locke, John. *Segundo tratado del gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Loutayf Ranea, Roberto. “Principio de bilateralidad o contradicción”. *La Ley*, n. ° 4 (2011): 32-56.
- Manes, Vittorio. “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración pública”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 1 de febrero de 2000. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html.
- Medina Cuenca, Arnel. “Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad”. *IUS*, n. ° 19 (2007): 87-116.
- Méndez Rodríguez, Cristina. *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*. Vol. II. En *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, editado por Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 349-79. Valencia: Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1997.
- Mir Puig, Santiago. “La perspectiva «ex ante» en Derecho penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 36 (1983): 5-22.
- . *Derecho penal: parte general*. Montevideo: B de F, 2004.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración pública*. Bogotá: Leyer, 2005.
- Montoya Vivanco, Yvan. *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal. Parte especial. Teoría general del delito*. Bogotá: Temis, 1984.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2001.
- Muñoz Neira, Orlando. “El pensamiento jurídico-penal en la filosofía clásica griega”. Tesis de especialización, Universidad Libre, Bogotá, 2011.
- Navarro Cardoso, Fernando. “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. ° 18 (2016): 1-40.
- OEA. “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”. 18 de julio de 1978. Accedido 21 de noviembre de 2018. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

- Ozafrain, Lisandro. “Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera ultima ratio”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n. ° 46 (2016): 274-87.
- Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho penal*. Bogotá: Themis, 1959.
- . *Derecho penal especial*. 3.ª. Bogotá: Themis, 1976.
- Palacio, Lino. *Derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- Palazzo, Francesco. “Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal”. En *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos*, editado por Luis Alberto Arroyo Zapatero, 433-42. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha / Universidad de Salamanca, 2001.
- Parra, Frank William. “Principio de lesividad en ámbito sancionatorio tributario colombiano”. *Principia Iuris*, n. ° 20 (2013): 43-63.
- Pastor, Daniel. *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. 2.ª. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- Pérez Barberá, Gabriel. “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”. *Cuaderno de Derecho Penal*, n. ° 6 (2011): 11-51.
- Pérez Portilla, Karla. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación / Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Piña, Roxana. *Cohecho, exacciones ilegales y concusión*. Vol. II. En *Delitos contra la Administración pública*, editado por Edgardo Alberto Donna, 99-115. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- Pinto, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. Accedido 21 de noviembre de 2108. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>.
- Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Posada Arboleda, Néstor. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Bogotá: Sello, 2011.
- Prieto, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Pulido Bernal, Carlos. *Principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

- Ramírez, Francisco. *Los delitos económicos en los negocios*. Managua: Editorial S.E., 1990.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Traducido por María Dolores González. Harvard: Harvard University Press, 1979.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. 23.ª. Madrid: Espasa Calpe, 2014.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid: Akal, 2017.
- Ruiz Medina, María del Carmen, y Miriam Olga Ponce Gómez. “Igualdad y contradicción en torno a la defensa de imputados y acusados en el sistema acusatorio”. *Dike*, n.º 19 (2016): 155-82.
- Sánchez Málaga, Armando. *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2017.
- Sánchez Franco, Alfredo. *El delito de la concusión*. Puebla: O.G.S. Editores, 2001.
- Sánchez Francisco, Julio Roberto. 2007. “El principio de intervención mínima en el Estado mexicano”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (17): 275-86.
- Serra Rojas, Andrés. *Derecho administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 1977.
- Silva, Jesús María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2007.
- Soto Navarro, Susana. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”. *ADPCP LVIII* (2005): 888-919.
- Terragni, Marco Antonio. *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- Torres, Ariel. “La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional”. *Pensamiento Penal*. Agosto de 2015. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>.
- Urquiza Olaechea, José. “El bien jurídico”. *Cathedra*, n.º 2 (1998): 107-32.
- Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando. *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- Velázquez Tolsá, Francisco Eduardo. “El juicio de lesividad en el Distrito Federal”. *Aída*, n.º 16 (2014): 11-44.
- Villagómez Cabezas, Richard, y Ana Lucía Ponce. *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: ZONA G, 2015.

- Villalaz, Aura Emérita. *Delitos contra la administración pública según el nuevo código PENAL (Ley 14 del 18 de mayo del 2007)*. Ciudad de Panamá: Alianza Ciudadana Pro Justicia, 2007.
- Villaverde, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 175-88. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Villegas Fernández, Jesús Manuel. “¿Qué es el principio de intervención mínima?”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n. ° 23 (2009): 1-10.
- Welzel, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- Wendt, Rudolf. “El principio de 'última ratio' y / o el principio de proporcionalidad”. *Serie socio-legal de Oñati III*, n. ° 1 (2013): 81-93.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de práctica procesal penal*. Lima: Ara, 2009.
- . *Derecho penal. Parte general, Fundamentos del derecho penal y teoría del delito*. Guayaquil: Murillo, 2017.