



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

**“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA
EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN
INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”**

Tesis Previa a la Obtención
del Título de Abogado

AUTOR

Armando Gustavo Carrera García

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2017

CERTIFICACIÓN

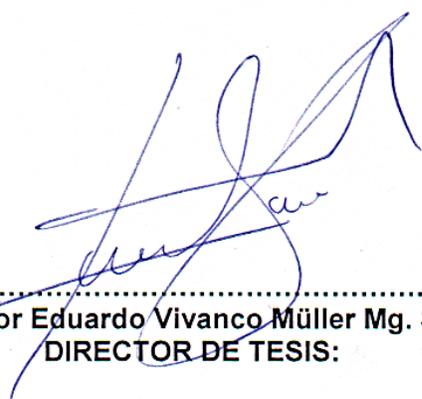
Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Haber revisado sucinta y prolijamente el informe final de la presente tesis denominada: **“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRAÍDO”** elaborado por el postulante **Armando Gustavo Carrera García** misma que ha sido presentada con los requerimientos académicos y reglamentarios de la Institución, y cumple con los requisitos de fondo y de forma exigidos, en tal virtud, autorizo su presentación y defensa.

Loja, Abril del 2017



.....
Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS:

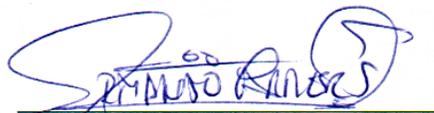
AUTORIA

Yo, Armando Gustavo carrera García, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo de manera expresa a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional de la Biblioteca Virtual.

Autor: Armando Gustavo carrera García

Firma:



Cédula: 1500563190

Fecha: Loja, Abril del 2017

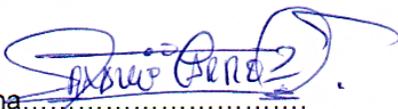
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y APLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Armando Gustavo carrera García, declaro ser autor de la Tesis titulada: **“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”** como requisito para optar por el Grado de Abogado: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 21 días del mes de abril del dos mil diecisiete, firma el autor:

Firma.....

AUTOR: Armando Gustavo carrera García

CÉDULA: 1500563190

DIRECCIÓN: Tena, Barrio: Socoprom, Calles: Yanganates y Tena

CORREO: ottotavoluz@hotmail.com

TELEFONO: 0998427076

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Felipe Neptalí Solano Mg. Sc. (Presidente)

Dr. Marco Vinicio Ortega Mg. Sc. (Vocal)

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc. (Vocal)

DEDICATORIA

A Dios por regalarme la vida y darme la oportunidad de realizar esta carrera

A mis padres por el amor y apoyo que siempre he recibido, a todas las personas que me ayudaron moralmente por sus buenos consejos ya que sin ustedes hubiese tenido muchas dificultades, en el trajinar de esta investigación.

A la Universidad Nacional de Loja, por haberme dado la oportunidad de educarme y orientarme a cada momento en el ámbito académico.

A todos los docentes que durante toda mi carrera han impartido sus sabios conocimientos.

A mi Director de Tesis Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc, que con mucha responsabilidad y dedicación ha dirigido el presente trabajo investigativo.

A todos mis compañeros y amigos que estuvieron en todo momento dándome el apoyo ético y moral.

Armando Gustavo carrera García
LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento fraternal lo dirijo a la Universidad Nacional de Loja, por haberme dado la oportunidad de alcanzar mis objetivos en la calidad de estudiante los cuales me los había marcado desde el inicio mismo de mi carrera y que al final los logre.

A mis profesores que con sus conocimientos, los mismos que me los supieron impartir; y, yo en calidad de estudiante de la Unidad de Educación a Distancia, en la Carrera de Derecho, supe siempre aprovecharlos y acogerlos de la mejor manera para así sacarle provecho.

Agradezco a Dios por el don de la vida. A mis padres por creer y confiar en mí y brindarme su apoyo Incondicional que día a día me lo han venido dando, siempre creyendo en mí y apoyándome en los buenos y malos momentos.

A los distinguidos docentes quienes compartieron sus sabias enseñanzas durante nuestra formación académica e hicieron posible la culminación de uno de nuestro anhelo.

Armando Gustavo Carrera García

El autor

1. TÍTULO.

“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”

2. RESUMEN.

El presente trabajo de investigación cuyo tema es **“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”** es así que el objetivo de este Trabajo de investigación está orientada a establecer la reparación de los daños ocasionados por parte del infractor en un cien por ciento de los mismos.

El fenómeno de la corrupción es un mal que ataca a las sociedades a nivel mundial desde los países denominados subdesarrollados hasta países que de alto desarrollo, y que en los últimos años se ha manifestado con casos mundiales o regionales que han llamado mucho la atención a la comunidad mundial por la envergadura de los perjuicios económicos como se evidenció en casos puntuales como FIFA o en Sudamérica ODEBRECHT.

El Ecuador lamentablemente no se ha encontrado alejado de casos de corrupción que han estremecido a la sociedad, conducta delictuosa que se ha incrementado notablemente en los últimos años sin que los casos de corrupción sean investigados libremente por parte de la Fiscalía dadas las últimas reformas al Código Orgánico Integral Penal, al requerir como requisito jurisprudencial el informe previo de Contraloría.

El problema es evidente y en la actualidad se encuentra en incremento, considero además que las causas son múltiples pues la falta de control es una de las principales ya que los organismos de control estatales no cumplen sus funciones a cabalidad lo que ocasiona en muchos de los casos impunidad.

A más de las falencias de organización o decisiones políticas o gubernamentales que ocasionan la libertad que tienen los funcionarios públicos para el cometimiento de este tipo de delitos, se debe observar que en el campo de lo normativo que es a lo que referirá la presente investigación, las sanciones previstas no regulan una reparación al estado por el perjuicio económico que se le ha causado, pues considero que a más de la pena privativa de la libertad se debe aplicar de manera excepcional en esta infracción en particular una devolución de lo sustraído, a fin de que el perjudicado en este caso el estado y por consiguiente la sociedad en general no sufra de ningún deterioro en su patrimonio.

La presente tesis de Investigación Jurídica se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En primer lugar un **Marco Conceptual**, que comprende conceptos y definiciones, como tenemos el peculado que es el tema principal de nuestra investigación, así como también otros conceptos que darán mayor realce al tema propuesto; un **Marco Doctrinario**, que abarca las doctrinas de los tratadistas y estudiosos sobre el cómo se puede establecer una pena equitativa

por la infracción cometida en el delito de peculado. y un **Marco Jurídico**, que comprende al análisis de la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, y luego tenemos una Legislación Comparada, ya que me sirvió para realizar un análisis de la materia de otros países y poder extraer lo más positivo.

En segundo lugar el trabajo investigativo comprende un estudio de campo en el que se desarrollan encuestas y entrevistas a los conocedores del derecho en el que me ayudan a determinar o contrastar los objetivos e hipótesis planteada.

En tercer lugar luego del análisis de la investigación de campo se procedió a las conclusiones y recomendaciones y por último a una propuesta jurídica necesaria para la solución del problema planteado.

2.1. ABSTRACT.

This research work whose theme is "**ESTABLISHING AS A PECUNIARY SANCTION FOR THE CRIME OF PECULADO, THE INTEGRAL REPARATION TO THE STATE OF THE AMOUNT SUSTAINED**" is so that the objective of this research work is oriented to establish the reparation of the damages caused by part Of the offender in one hundred percent of them.

The phenomenon of corruption is an evil that attacks societies worldwide from the so-called underdeveloped countries to countries that are highly developed, and which in recent years has manifested itself with global or regional cases that have drawn much attention to World community by the scale of the economic damages as evidenced in specific cases like FIFA or in South America ODEBRECHT.

Ecuador regrettably has not found itself far removed from cases of corruption that have shaken society, criminal behavior that has increased notably in recent years without corruption cases being freely investigated by the Public Prosecutor's Office given the recent reforms to the Code Organic Integral Penal, by requiring as a jurisprudential requirement the previous report of the Comptroller.

The problem is evident and is now increasing, I also consider that the causes are multiple because the lack of control is one of the main since the state

control agencies do not fully perform their functions which causes in many of the Cases of impunity.

In addition to the organizational failures or political or governmental decisions that cause the freedom of public officials for the commission of this type of crime, it should be noted that in the normative field that is what the present investigation will refer to, The penalties provided do not regulate a remedy to the state for the economic damage that has been caused to him, since I consider that, in addition to the custodial sentence, an exception should be applied in this case, in particular, That the injured party in this case the state and therefore society in general does not suffer any deterioration in its assets.

The present thesis of Legal Investigation is structured as follows:

First, a Conceptual Framework, which includes concepts and definitions, as we have the emulation that is the main topic of our research, as well as other concepts that will give greater emphasis to the proposed topic; A Doctrinal Framework, which covers the doctrines of writers and scholars as to how an equitable penalty can be established for the offense committed in the offense of embezzlement. And a Legal Framework, which includes the analysis of the Constitution of the Republic of Ecuador, the Comprehensive Criminal Organic Code, and then we have a Comparative Legislation, since it served to me to make an analysis of the matter of other countries and to be able to extract the most positive.

Secondly the research work comprises a field study in which surveys and interviews are developed to those who know the law in which they help me to determine or contrast the objectives and hypotheses.

In the third place after the analysis of the field research, the conclusions and recommendations were made and finally a legal proposal necessary to solve the problem.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación tiene como propósito realizar un estudio y análisis del tipo penal de Peculado para establecer la forma de sancionar al servidor público, y dentro de estas sanciones la reparación del cien por ciento de lo sustraído, abordándose las consideraciones políticas criminales, un análisis sobre la problemática de la autoría y participación en el delito de Peculado, los tipos de Peculado y la necesidad de cambio y finalmente las reformas del delito de peculado.

Cuando me refiero a los grados de responsabilidad de la pena, primeramente debemos estar claros respecto a la Proporcionalidad de la Pena por lo que es necesario primeramente referirme a esta categoría.

El legislador ecuatoriano actualmente no cuenta con un mecanismo técnico que le permita predeterminar las penas para los delitos de una forma proporcional.

La Constitución establece el principio de proporcionalidad cuando determina que se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. Esto contrasta con la realidad de nuestro sistema penal que a más de ser anquilosado de hace dos siglos, es una copia del sistemas retributivos e influenciado por la ley penal del fascismo italiano del siglo XX, este vulnera flagrantemente los derechos fundamentales de los

ciudadanos, esencialmente el derecho a la libertad, al establecer penas exorbitantes.

Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando esto una distorsión del principio de proporcionalidad el mismo que establece que a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente se determina. Dicha distorsión hace que en la actualidad infracciones menores tengan penas severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

Se realizaron unas reformas a nuestro código penal ecuatoriano, con las cuales se aumentó drásticamente las penas para los delitos. El techo máximo para las penas más graves, antes de la reforma y lo ha sido en toda nuestra vida republicana, de dieciséis años. Posteriormente se aumentó la penalización hasta llegar a la máxima de veinticinco años en casos de violación agravada, secuestro agravado con muerte del secuestrado y asesinato, llegando inclusive hasta los treinta y cinco años en caso de un concurso ideal de infracciones. Cabe recalcar que actualmente existen penas acumulativas que pueden sumarse hasta un máximo de 40 años y se avisaran propuestas de elevación de las penas hasta los cincuenta años por el auge delictivo que se presenta en una sociedad completamente inequitativa y centralizada.

Frente a este hecho nos preguntamos cuál es la intención del legislador al agravar las penas y qué método técnico emplea para que se justifique un aumento desproporcionado a pesar de que es conocido y se ha comprobado que no por el hecho de aumentar las penas va a disminuir la comisión de delitos. El aumento drástico de las penas lo único que produce es que actualmente exista una sobrepoblación carcelaria, en un sistema que no cuenta con las políticas necesarias para la rehabilitación.

El legislador debe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuánta pena es necesaria para un delito? Y al querer dar una respuesta coherente debe tener presente la necesidad de la aplicación de herramientas técnicas que le permita fijar las penas de un modo técnico, de tal manera que éstas sean proporcionales a la gravedad de la infracción cometida. ¿Cómo puede ser posible que se utilice una coyuntura política o un momento de crisis social para modificar, crear, disminuir, aumentar o eliminar una pena? Cuando el legislador o asambleísta modifique, cree, disminuya, aumente o elimine una pena, debe hacerlo con un método técnico, el mismo que con base a criterios cuantificables, medibles y objetivos logre mejorar un sistema jurídico penal garantista.

La debida proporcionalidad tiene tres momentos, el primero es cuando el legislador establece las penas adecuadas al acto; el segundo, cuando el juez en un caso concreto establece la pena individualizada y justa; y el tercer

momento tiene que ver con la parte ejecutiva de la pena, es decir su cumplimiento efectivo en los centros carcelarios llamados de “rehabilitación”.

En los últimos años se han visto incrementados los índices de criminalidad en el país y a nivel mundial tanto en delitos comunes como en los delitos especiales como los son los delitos contra la Administración Pública.

Así, el Estado tiene sus propios entes controladores y que se han dotados de una serie de procedimientos internos de control para proteger la Administración Pública o los intereses del estado del mal comportamiento de sus agentes que infringen la normatividad interna de cada institución. El derecho penal como medio de control conminatorio y represivo es un medio fragmentario de actuación, esto es, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la estatal e importe un acto doloso. Esta fragmentariedad y la última ratio del derecho penal, rige tanto para delitos comunes como para delitos especiales. Sin embargo, vale hacerse la pregunta si el derecho penal protege realmente los intereses de la administración pública, más aún si se advierte que esta rama del derecho actúa cuando ya se ha cometido el delito, es decir, cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya producida, entonces surge la interrogante de si la norma penal está protegiendo eficaz y eficientemente los intereses estatales

No hay duda que a la actualidad los delitos contra la administración pública vienen siendo de interés por parte del Estado, ello debido a que los índices de

corrupción descubiertos y de conocimiento de la opinión pública han permitido que se agilice una decisión política para su persecución, esa es la razón de la creación, incluso, de unidades de investigación especializada.

El presente trabajo de investigación tiene como propósito realizar un estudio y análisis del tipo penal de Peculado, equiparando una sanción para el mismo, abordándose las consideraciones políticas criminales, un análisis sobre la problemática de la autoría y participación en el delito de Peculado, los tipos de Peculado y la necesidad de cambio y finalmente las reformas del delito de peculado.

Así, el Estado tiene sus propios entes controladores y que se han dotados de una serie de procedimientos internos de control para proteger la Administración Pública o los intereses del estado del mal comportamiento de sus agentes que infringen la normatividad interna de cada institución. El derecho penal como medio de control conminatorio y represivo es un medio fragmentario de actuación, esto es, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la estatal e importe un acto doloso. Esta fragmentariedad y la última ratio del derecho penal, rige tanto para delitos comunes como para delitos especiales. Sin embargo, vale hacerse la pregunta si el derecho penal protege realmente los intereses de la administración pública, más aún si se advierte que esta rama del derecho actúa cuando ya se ha cometido el delito, es decir, cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya

producida, entonces surge la interrogante de si la norma penal está protegiendo eficaz y eficientemente los intereses estatales

La investigación que presentamos en esta ocasión, consiste en un análisis jurídico de carácter doctrinario y normativo, que hemos realizado con respecto al delito de peculado en la administración pública, tomando como referente principal la doctrina penalista latinoamericana, en contexto con la legislación penal panameña, el Derecho Comparado y el Derecho Internacional.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO TEÓRICO

4.1.1. PECULADO

La definición legal del peculado se encuentra en cada Código Penal de cada país, pero los tratadistas también lo han definido desde su particular punto de vista, como resultados de sus investigaciones. En este trabajo transcribimos las definiciones dados por varios de ellos a fin de que el lector tenga un conocimiento en fin de que el lector tenga un conocimiento completo de este conocimiento de este delito, es así que para Carrara el peculado es la *“Apropiación de cosas publicas cometidas por una persona investida de algún cargo público, a la cual precisamente en razón de este le fueron entregados, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropió.”*¹

Maggiore nos enseña que “Peculado es la apropiación de dineros o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de este bien”²

Es así que podemos definir que el término peculado es en el campo del Derecho, la malversación de caudales públicos, un delito consistente en la apropiación indebida del dinero perteneciente al Estado por parte de las

¹ CARRARA, Francisco; Programa de Derechos Criminal, Volumen III.- Tercera Edición.- Edit. Temis, Bogotá, 1974, pagina 9 y 10 adores romanos

² MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal, tomo III, Editorial Temis, Bogotá 1955, págs., 160 y 161.

personas que se encargan de su control y custodia. *“El término peculado se emplea en el ámbito del derecho para nombrar al delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción”*³.

La persona que incurre en esta falta defrauda la confianza del Estado, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de dinero, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.

Es así que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española peculado es *“Del lat. Peculātus, En el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración”*⁴.

Lo que diferencia al peculado de otro tipo de robos o estafas, en definitiva, es que el delincuente es alguien que ejerce funciones públicas y que se apropia de recursos estatales que debía custodiar y gestionar, abusando de su posición. Esta particularidad, por supuesto, agrava la condición de implicado.

³ SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008

⁴ DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

4.1.1.1. SUJETO ACTIVO.

Criterio unánimemente sostenido es el que afirma que sólo la persona que ostenta el título de funcionario público puede ser sujeto activo del delito de peculado. Estamos, por consiguiente, en este caso, en presencia de un delito propio o especial, dado que la calidad del sujeto activo es elemento constitutivo del tipo. Sabido es que los delitos propios no se configuran sin la concurrencia de la especial calidad requerida para el mismo, elemento esencial para su estructuración jurídica. Lo que nutre la esencia propia de algunos tipos delictivos es precisamente la impronta que la conducta personal del sujeto activo deja en la conducta tipificada.

La calidad del sujeto activo no representa otra cosa que la valoración que la norma realiza en relación con la posición en que el sujeto se encuentra respecto del bien jurídico tutelado. *“El delito de peculado adquiere su razón de ser en atención a que la cualidad del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que integra la propia esencia del tipo”*⁵

En base a esta idea se concluye que aquellos que no sean funcionarios públicos, o no estén equiparados a ellos, por expreso mandato legal, no pueden cometer este delito. Pero además, hay que tener en cuenta que

⁵ JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 57.

Con respecto al tema del sujeto activo en el tipo penal de peculado, la Corte ha manifestado en diversas sentencias la calificación necesaria que ha de corresponder para la verificación del tipo de acuerdo con el código penal.

Atendiendo a la definición dada por el código, se señala que para los efectos de la ley penal, será servidor público quien sea miembro de una corporación pública, quien sea empleado y trabajador del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. *“Por esto la corte considera necesario que a efectos de entrar a analizar a fondo un caso en concreto con respecto a la comisión del punible de peculado, es menester indagar primero si se configura la calificación de sujeto activo, mediante la verificación de si se trata bien se un trabajador del estado, de un empleado o bien de un miembro de una corporación pública, para de ahí pasar a analizar los aspectos relacionados con la ejecución del hecho punible”*⁶. Por ostentar la calidad de servidor público, es decir por cumplir entre otras funciones, la de representar al Estado, es que puede su calificativo conllevar situaciones más reguladas y por ende mayormente sancionadas como es el caso de la prescripción de la pena. De ahí el sentido que la prescripción de la pena se aumente en una tercera parte. *“El artículo 371 de nuestra constitución política se refiere al Banco de la República como una persona jurídica de derecho público”*⁷. Por esta razón la sentencia de casación con fecha 28/07/1987 de magistrado ponente

⁶ Magistrado ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, Sentencia Casación fecha: 12/12/1991

⁷ Magistrado ponente: DR. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, Auto Casación, fecha: 06/03/2002

GUILLERMO DUQUE RUIZ, hace referencia al hecho de que quienes trabajan para el Banco lo harán bajo la denominación de empleados oficiales.

Por otra parte, la sentencia de fecha 23/01/1991, magistrado ponente DIDIMO PAEZ VELANDIA, hace referencia a que la aplicación de las normas para servidores públicos pueden cobijar también a aquellos particulares que cumplan alguna función pública, de ahí que pueda dárseles, temporalmente, el carácter de servidores públicos; y con referencia al tema de las sociedades de economía mixta, una sentencia de Agosto del 95 señala que cuando una sociedad de economía mixta posee mas del 90% del capital con aportes del Estado, su régimen jurídico corresponderá al dispuesto para las empresas industriales y comerciales del Estado. *“A contrario sensu, si los aportes del Estado fueran menores al 90% su régimen sería de derecho privado. Es por esto que si la empresa tiene más del 90% del capital estatal, sus empleados estarán bajo la denominación de servidores públicos y serán sujetos capaces de cometer peculado”*⁸.

“La noción de funcionario público supone, necesariamente, la de función pública que es el conjunto de pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos legislativo, administrativo o judicial, en relación al Estado, a las otras

⁸ Magistrado ponente: DR. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, Sentencia Casación, fecha: 18/08/1995

*entidades públicas o a los súbditos, normalmente por obra de los oficios públicos, y excepcionalmente por obra de los particulares”.*⁹

Cabe destacar que tanto nuestra legislación como la jurisprudencia utilizan indistintamente las expresiones funcionario público y empleado público para referirse a los individuos que desempeñan una función o destino público, de orden nacional, provincial o municipal. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que:

*"Empleado público y funcionario público son términos equivalentes y es natural que así sea, porque, por funcionario público, lo mismo que por empleado de esa naturaleza debe entenderse el individuo investido de funciones oficiales públicas"*¹⁰

Así pues, el sujeto activo de la figura que examinamos es el funcionario o empleado público aceptando la equiparación de los conceptos realizados por la doctrina y jurisprudencia patrias que tuviere bajo su administración caudales u otros objetos públicos o privados, por razón de sus funciones.

Para el delito de peculado, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo, no tiene importancia la especie de las funciones de que se encuentra revestido el empleado público, sino que basta que se trate de una

⁹ MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA S. 27 de agosto de 1936, R.I. No. 14, pág. 297

función que entre en la esfera del poder legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El Derecho Penal maneja nociones procedentes de otras ramas del Derecho, en este caso del

Para la comisión del delito resulta indiferente que la función pública sea permanente o temporal. Coincidiendo con esta interpretación, nos dice MAGGIORE: *"aún una simple aplicación ocasional o temporal al ejercicio de esa misma función", y "no es necesario que la legitimidad de esa aplicación resulte expresamente de normas jurídicas, ya que la facultad de ordenarla debe considerarse implícita en el poder jerárquico cuando no esté expresamente excluida o no resulte incompatible con la índole de sus funciones"*¹¹ así también el mismo autor expresa que *"La norma condiciona la configuración del ilícito a la existencia de una relación funcional entre el autor y los bienes. A esta característica, es precisamente, la que algunos autores denominan "presupuesto del delito"*¹².

Para los efectos del delito previsto en la norma bajo estudio no basta tener la calidad de funcionario público en abstracto, sino que es menester otro factor que hace relación con las funciones en el ejercicio de las cuales el mismo se comete. De tal manera que para que un determinado funcionario pueda ser

¹¹ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 18

¹² MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.

incriminado por peculado se requiere la atribución de ciertas funciones que permitan a su acto material encuadrar dentro del tipo.¹³

Si no existe una función de autoridad respecto de los caudales que le han sido encomendados al agente, la apropiación de los mismos puede ser imputada como delito contra la propiedad, pero no como peculado.

4.1.1.2. SUJETO PASIVO DEL DELITO.

Del sujeto pasivo afirma Carlos Creus, que *“es la persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no siempre se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial. No importa que sea desconocida la persona defraudada”*¹⁴

Como podemos darnos cuenta el sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, la misma que sufra las consecuencias de la acción típica efectuada por el sujeto activo. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que sea titular del bien jurídico, a la cual se le produce el daño o se afecta como resultado de la comisión del delito.

¹³ En este mismo sentido: PEREZ. Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D. E. 1968. pág. 181.

¹⁴ CREUS, Carlos. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. Año 1983. Pág. 465

El Dr. Manuel Estrella, en su Manual de Derecho Penal, parte especial, expresa que: *“En cuanto al sujeto pasivo, puede ser tanto el hombre como las personas jurídicas (como el Estado). El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta. Normalmente coinciden las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado, pero muchas veces puede suceder que el delito dañe no sólo al sujeto pasivo del mismo sino también a terceros”*.¹⁵

Como lo indica el Dr. Estrella y Creus, sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando sufra una afectación en sus bienes jurídicamente tutelados, y para que esto suceda debe experimentar un perjuicio patrimonial, siendo irrelevante si fue o no objeto del engaño, puesto que pueden intervenir otras circunstancias, también se le puede dar el nombre de víctima u ofendido, por lo que se puede decir que es aquella persona a quien va dirigido o sufre el engaño sufriendo una pérdida en su patrimonio la misma que se encuentra amparada y tipificada en nuestras leyes por el Estado.

“Sujeto pasivo del delito es la persona que se ve afectada en la posesión o tenencia del bien inmueble. Puede ocurrir que la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza recaiga sobre otra persona, en estos casos, esta sería sujeto pasivo de la acción”.¹⁶

¹⁵ ESTRELLA Ruiz, Manuel Dr. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”. Cádiz-España. Pág.51

¹⁶ MUÑOZ Conde, Francisco. “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Duodécima edición. Valencia 1999. Pág. 435

El sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro, es por esto que se dice que recae de manera directa la afectación o el daño sobre la persona titular del derecho.

4.1.1.3. LA CONDUCTA TÍPICA.

“La descripción abstracta y objetiva de la conducta antijurídica recogida en cada tipo penal, contiene un verbo activo que reviste la trascendente importancia de indicar la verdadera esencia o núcleo del tipo.”¹⁷

La conducta delictuosa prevista en la norma se manifiesta en las expresiones "apropie", "sustraiga" o "malverse" y consiste en el apoderamiento por parte del funcionario público de los caudales u otros objetos en cuya posesión se encuentra por razón de sus funciones.

4.1.2. CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Entre los autores que defienden la tesis del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, se encuentran NELSON SALAZAR SANCHEZ, *“quien refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera*

¹⁷ JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 68-69

*las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales in especie*¹⁸. Por ello, la perspectiva macro estima que lo protegido son las realidades normativas (correcto funcionamiento de la Administración Pública), argumento que se convierte en la piedra angular de la fundamentación penal.

Sin embargo, un sector de la doctrina basándose en la distinta naturaleza jurídica que posee el Peculado concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico penal de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado, la cual no es compartida por el autor al considerar que un Estado democrático no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando son desleales al patrimonio del estado o a sus normas y porque la deslealtad no es un criterio o elemento normativo del Derecho Penal sin un valor axiológico propio de la ética..

El autor opina que sólo cuando se crean y/o realizan riesgos típicos contra las realidades normativas es que se ven afectados los procesos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, es decir, sólo cuando los caudales o efectos son lesionados o puestos en peligro, es que se lacera la correcta actividad

¹⁸ SALAZAR SANCHEZ. Nelson. Informe Práctico Penal. ¿Cuándo se configura el delito de Peculado? Bien Jurídico Protegido y Objeto Material del Delito. Revista Actualidad Jurídica N° 135. pp.82-84

prestacional de servicios de la Administración Pública, por cuanto se tergiversan los proceso comunicativos entre administradores y administrados.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO, al respecto *“expresa que la fidelidad hacia la administración pública como bien jurídico tiene como obstáculo su incapacidad para responder a los atentados contra la administración pública realizados por particulares, quienes no tienen ese deber hacia el Estado”*¹⁹

En este aspecto, Luis ROCA AGAPITO, “concibe que un punto de vista axiológico del delito de Malversación español que aquí conocemos como Peculado, es aparte del aspecto patrimonial, la cualidad de funcionario del sujeto activo y en segundo lugar su relación específica con los caudales públicos (tenencia a su cargo por razón de sus funciones)”²⁰.

Así, la doctrina ha enfocado el tema desde dos puntos de vista distintos: 1) por un lado están quienes se fijan en la relación que media entre el funcionario y la Administración, estableciendo como bien jurídico protegido para estos delitos el deber del cargo. 2) Por otro lado se encuentran quienes, aún aceptando la existencia de tales deberes, dirigen su atención a la relación que se entabla entre la Administración y los ciudadanos, fijando como bien jurídico protegido el

¹⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra la Administración Pública”.

²⁰ ROCA AGAPITO, Luis. “El Delito de Malversación de Caudales Públicos”. Editorial José María Bosch Editor. Barcelona –España 1999.

correcto funcionamiento de la Administración, es decir, la función pública como función de administrar.

4.1.3. ABUSAR DE LA CONFIANZA DEL ESTADO:

Acción y efecto de abusar; de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, más allá de lo lícito. El abuso tuvo, en lo que respecta a las cosas, una legitimidad en el Derecho Romano cuando definía el dominio como el derecho no solo de usar y de disfrutar de una cosa, sino también de abusar de ella. Esta legitimidad del abuso ha subsistido en materia civil hasta nuestros días. Pero, frente a esa excesiva facultad, se abren camino las teorías y las legislaciones que atribuyen a la propiedad una función social.

Abuso es la acción y efecto de abusar. *“Este verbo supone usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien”*²¹, según detalla el diccionario de la Real Academia Española (RAE)

Es así que el Diccionario de términos Jurídicas establece que abuso es cuando, *“Se incurre en él, para la comisión de ciertos delitos afectantes del orden patrimonial, el agente se vale de las facilidades que le proporciona la*

²¹ Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto
<http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>

persona perjudicada y que son debidas a la confianza que le dispensa. Esa circunstancia, calificativa del delito, puede darse en la estafa y en el hurto, como en el llamado hurto doméstico o familiar. También, en los delitos contra la honestidad”²².

“Es cuando se utiliza un derecho o facultad legalmente concedida pero en contra de los fines para el cual fue dado, o se opone a la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Quien abusa de un derecho deberá responder legalmente por los perjuicios que ocasione”²³.

El abuso no es otra cosa que, por la potestad que se entrega a una persona por parte del estado, y este sin ver sus consecuencias abusa usufructuando sus bienes, afectando dolosamente a dicha institución ya sea de forma económica, moral y social.

El abuso a las instituciones estatales, se lo reconoce como peculado, delito que establece penas muy elevadas para el infractor, así como también no establece la prescripción para este tipo de delitos.

²² Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010

²³ Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com

4.1.4. APROPIACIÓN.

Apropiarse significa disponer de una cosa como si se fuera dueño de ella. Entraña, por parte del agente, un comportamiento de propietario, realizando sobre los bienes actos de dominio incompatibles con el título de su posesión. En tal forma, que el funcionario público se apropia de los bienes ejerciendo sobre los mismos actos a título de propietario, o sea, los actos de disposición a que se refiere el Derecho Civil, sin tener la calidad de tal.

La apropiación, como lo exponen LEVI y MANZINI, *“no transforma el título posesorio en uno de dominio, ya que un acto ilícito no tiene la virtualidad de surtir efectos jurídicos”*²⁴

No se precisan en la norma las distintas formas materiales en que el sujeto puede incurrir en apropiación y por ello puede concluirse que constituye apropiación cualquier medio idóneo o cualquier conducta indicativa de la voluntad de *“poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos, o en general las disposiciones las colocan”*²⁵.

En términos generales, en el delito de la malversación de caudales la acción material opera apoderándose de las cosas, quebrantando el vínculo de lealtad

²⁴ SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1966. pág. 18.

²⁵ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. pág. 182

que liga al funcionario con la administración pública, y por razón de la cual, para los fines públicos correspondientes, están materialmente bajo su custodia.

Es oportuno destacar que la norma no exige que la conducta delictuosa se cometa en ejercicio de las funciones; basta que el funcionario se encuentre en la posesión o tenencia de los caudales u otros objetos, por razón de las funciones, siendo intrascendente que la apropiación ocurra en momentos en que éste no se encuentre transitoriamente en el ejercicio de las mismas.

Conviene señalar, también que *“para la existencia o configuración del ilícito resulta necesario que el sujeto se apropie efectivamente de los caudales, y no que sólo parezca posible o probable”*.²⁶

La circunstancia de que el sujeto se apropie de los caudales en todo o en parte, sólo tendrá importancia para la determinación de la pena, ya que la norma realiza una graduación de la misma en relación directa con el monto de la suma apropiada; siendo indiferente para la existencia del delito.

Para la norma, la apropiación se supone definitivamente sin ánimo de restituir los caudales y objetos entregados a la custodia del funcionario. Si la conducta típica viene, pues, constituida por la apropiación definitiva, para siempre, con ánimo de no restituir, no estaríamos en presencia de peculado por apropiación en aquellos supuestos en que se manifiesta el decidido propósito de reintegrar

²⁶ MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 158

los caudales tras su momentánea utilización, puesto que en ellos faltará el ánimo de apropiación definitiva. Tampoco integrarían el ilícito las irregularidades administrativas en el manejo de los dineros públicos o en la custodia de los otros objetos muebles, en las que siempre faltará el elemento subjetivo del mismo.

Sustracción es expresión que no refleja el elemento subjetivo del delito, constituido por el ánimo de la apropiación; siendo ambiguo su significado al servir, no sólo para indicar el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también el de quitarla de un lugar determinado para apoderarse de ella. Tal como sostiene SUAREZ MONTES, *"la sustracción no es necesaria ni suficiente para configurar el delito de peculado"*²⁷

No faltan quienes, teniendo como fundamento el concepto de sustracción, estimaran como posible la perpetración del delito de peculado mediante hurto, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Cabe mencionar que la doctrina española en forma unánime ha realizado la equivalencia entre sustracción y apropiación. Al respecto señala GROIZARD, que la sustracción no es la mera apropiación sino la apropiación dolosa.

²⁷ SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 17

"Sustrae el que se apropia de las cosas apartándolas, separándolas, excluyéndolas"²⁸

4.1.4.1. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESTADO:

Delito que consiste en disponer dolosamente de la cosa como propia, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica, con incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como *"Hacer algo propio de alguien, aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente, acomodar o aplicar con propiedad las circunstancias o moralidad de un suceso al caso de que se trata"²⁹*

Existen varios usos de esta noción. En el terreno del derecho, los bienes que resultan susceptibles de apropiación son aquellos cuya propiedad puede recaer de manera directa en su titular, quien puede disponer de él libremente dentro de lo estipulado por la ley. La apropiación, en este marco, marca el hecho de quedarse con la propiedad de algo.

²⁸ GROZIZARD, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.

²⁹ DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

Si alguien se arroga la propiedad de un bien ajeno para obtener un lucro, comete el delito de apropiación indebida. De acuerdo a cada legislación, es posible que la apropiación indebida sea considerada como una estafa, diferenciándose del hurto y del robo por el mecanismo que utiliza el delincuente para apropiarse del bien.

“Verbo activo transitivo. Se define como adueñar, adquirir, o apoderar de algo o hacer que sea de propiedad de alguien. Aplicar a cada cosa lo que es perteneciente y lo que es más beneficioso y adecuado”³⁰.

Podemos observar que apropiarse es establecer posesión de algo, sin que esto sea suyo y en forma dolosa, no reconoce derecho alguno sobre los bienes de terceros, y porque no al estar estudiando el tema que hemos planteado podemos llegar a la conclusión que el apoderarse o apropiarse de un bien públicos es un delito que merece su pronta investigación, por parte de las entidades del estado.

4.1.5. MALVERSACIÓN.

Malversar del *“latín, male y versare”³¹*, implica tanto el concepto de la inversión ilícita de los caudales como de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales están' destinados.

³⁰ Real Academia Española (2014). «discriminación». *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). Madrid: Espasa.

El legislador al incluir la "malversación" como una de las conductas delictivas, no tuvo otra intención -a nuestro juicio- que la de abarcar dentro de ese concepto todas aquellas formas posibles de distracción de los caudales que no entrañaran "apropiación" o "sustracción" de los mismos. Prueba de ello es que el término malversación se encuentra calificado por la expresión en cualquier forma.

Estimamos que el término malversar debe entenderse en un sentido amplio comprensivo de todas las modalidades, de la conducta delictiva, incluyendo la omisiva dolosa, comúnmente denominada "comisión por omisión".

Concluimos pues, que el delito previsto en la norma bajo estudio, se produce por el acto del funcionario de apropiarse o prestar su consentimiento para que otros se apropien, configurándose de esta manera las dos formas dolosas del delito: comisión activa y comisión por omisión. Dado que el elemento psíquico del tipo consiste en la voluntad de apropiación, el mismo no admite la comisión culposa.

³¹ Real Academia Española (2014). «discriminación». *Diccionario de la lengua española* (23.^a edición). Madrid: Espasa.

4.1.6. SERVIDOR PÚBLICO

Un servidor público es una persona que brinda un servicio de utilidad social. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras personas y no genera ganancias privadas más allá del salario que pueda percibir el sujeto por este trabajo.

El servidor público suele administrar recursos que son estatales y, por lo tanto, pertenecen a la sociedad. Cuando una persona con un puesto de esta naturaleza comete delitos tales como la malversación de fondos o incurre en la corrupción de alguna forma, atenta contra la riqueza de la comunidad.

El hecho de manejar recursos públicos confiere una responsabilidad particular a la labor de los servidores públicos. Su comportamiento debería ser intachable, ya que la sociedad confía en su honestidad, lealtad y transparencia.

Actualmente algunos administrativistas tratan de definir al servicio público ampliamente como es el caso de los funcionalistas, en el que un representante de esta teoría el autor argentino MARIENHOFF citado por Efraín Pérez, define al servicio público como: *“(...) toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de*

*actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal*³²

La actuación de un servidor público está sujeta a diversos reglamentos y normativas. Cabe mencionar que en la Constitución Nacional se detallan sus obligaciones.

El autor Rafael Bielza citado por Nicolas Granja G. nos menciona que “El servicio público, consiste en toda actividad directa o indirecta de la Administración Pública, regulado por la ley, cuyo objetivo esencial es la satisfacción continua de las necesidades, a favor de la colectividad”³³

En cuanto al régimen laboral de los servidores públicos, estos trabajadores suelen contar con mejores condiciones que los empleados privados, para brindarles independencia frente a las autoridades de turno (se impide que las nuevas autoridades despidan a los empleados públicos y contraten a gente de su entorno) y evitar que los más valiosos se vayan al sector privado. Es importante señalar que los servidores públicos tienen la posibilidad de desarrollarse a nivel profesional de un modo que no conseguirían en la mayoría de las empresas privadas.

³² PEREZ, Efraín: Derecho Administrativo Tomo II. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009. p. 658.

³³ GRANJA GALINDO, Nicolás: Fundamentos de Derecho Administrativo Quinta Edición. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 2006. p. 121.

El servicio público al ser prestado por la administración pública se encuentra relacionado estrechamente con el procedimiento de derecho público. Según el autor Gaston Jéze:

“Existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que sea oponible a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”³⁴.

El autor mencionado trata de establecer que el servicio público está estrechamente relacionado con el procedimiento de derecho público debido a que para dar la satisfacción regular y continua de las necesidades generales, se debe aplicar un régimen jurídico especial y que dicha normativa legal puede en cualquier instante cambiar la organización del servicio público, y que no existe obstáculo que impida dicho cambio, creación o supresión. Entonces el servicio tiene una vinculación estrecha con la ley.

³⁴ JEZE, Gastón: Técnica Jurídica, Servicio, Función Pública y sus Servidores. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México D. F. 2007. p. 140–141

Servicio público “es el servicio administrativo cuyo objeto consiste en facilitar de modo regular y continuo (a cuantos carezcan de medios idóneos) la satisfacción de una necesidad colectiva individualmente sentida”³⁵.

El Servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta que ha sido creada y controlada para asegurar -de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público.

En el Distrito Federal, “se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente necesidades de carácter colectivo. La prestación de estos servicios son de interés público”³⁶

4.1.7. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Administrar en un Estado como el nuestro es aplicar normas, reglas y principios con objetividad y oportunidad, e incluso cuando por ley procede la discrecionalidad, hay que ejercerla con precaución, cuidado y cautela, buscando no sacrificar los intereses esenciales del Estado en beneficio de un particular; pero sin perjudicar tampoco al particular en aras de un equívoco interés público.

³⁵ Martínez Morales, Rafael; Derecho administrativo; Ed. Harla 1991; p. 276

³⁶ Ley Orgánica Del D.F. Artículo 23, del 29 de diciembre de 1978.

Jesús Reyes Heróles. El gobierno como responsable de satisfacer las demandas de la población a la que representa, crea un conjunto de instituciones para cumplir con sus tareas. Cada institución tiene una tarea que debe cumplir, salud, educación, alimentación, vivienda, transporte, seguridad, etcétera. El conjunto de instituciones creadas para satisfacer las necesidades de la población conforman la Administración Pública. Para tener una mayor visión sobre lo que es la administración pública, conviene recordar algunos elementos que nos permitirán comprenderla mejor. Administración en su origen etimológico se forma del prefijo "ad" que significa "al" o "hacia" y de "ministration" palabra que a su vez viene de "minister" que significa "inferioridad" (contrario a "magister" que es "mando" o "superioridad"); y del sufijo "ter", que sirve como término de comparación.

La etimología del concepto administración señala que existe una relación de autoridad y que hay dos elementos indispensables para el ejercicio de ésta, que son mando y obediencia; y las disciplinas que realizan las tareas de cada uno de estos elementos son: la política y la administración. Encontramos así una doble naturaleza en la administración pública: política y administrativa, elementos que son indisolubles. De ahí que todo administrador público debe saber de los conocimientos políticos.

El mando lo ejerce la política, la ejecución de la política la lleva a cabo la administración. La política marca los fines, objetivos y metas, la administración

marca los medios para alcanzar los fines. La política prevé, la administración provee.

Una buena administración ayuda a una buena política. La administración cuando es pública aplica todos sus recursos y técnicas al logro de las metas que cada institución tiene, los cuáles se concretan en bienes o servicios. De manera más general, es posible afirmar que uno de los propósitos de toda administración pública, es buscarel bien de la comunidad.

Con base en lo anterior, es posible comprender mejor las siguientes definiciones:

Para Luis Aguilar Villanueva: *“Administración es substancialmente la relación medios fines. Administrar es hacer que los fines en verdad y en sentido estricto sean fines (realizables, posibles de existir) y que los medios sean medios (realizadores, efectuadores)”*³⁷

Para Kaufman: *“La función de la administración consiste en ejecutar decisiones de política o coordinar actividades para lograr algún propósito común o simplemente cooperar en la búsqueda de una meta común”*³⁸ con el propósito de canalizarla hacia el logro de sus fines y para mejorar el nivel de vida de la población.

³⁷ Aguilar Villanueva, Luis; Política y racionalidad administrativa. INAP. 1982

³⁸ Herbert Kaufman. "Administrativa Función". En: International Encyclopedia of the Social Sciences. The Macmillan Company and the Free Press. 1968

Si la administración está en contacto directo con la gente, ésta debe partir de los principios políticos conforme a su naturaleza para encontrar su realidad y ofrecer buenos resultados, sin importar o traer fórmulas ajenas traídas de otras administraciones. Si bien es cierto que hay situaciones que son un éxito en otros lugares, al implantarlas en un lugar con características distintas, éstas fracasan. En todo caso sería necesario "adaptar" conforme a su realidad y no "adoptar" conforme a otras realidades.

4.1.8. DEFINICIÓN DE LOS VALORES

Todo grupo humano tiene formas particulares de organización de sus prácticas sociales. Dichas formas específicas sobre la concepción del mundo integran su cultura. Toda cultura posee costumbres así como un sistema de valores sobre el entorno que interpretan aquellos individuos que participan de ella. Los valores expresan el perfil del hombre resultante de un contexto cultural y un concepto de nación.

Los valores son ideas que comparten y aceptan los integrantes de un sistema cultural y que influyen en su comportamiento. Se refieren a pautas deseables de conducta individual y colectiva, y proporcionan los parámetros que determinan que conductas son apropiadas. Estos se integran por un conjunto de creencias sobre lo justo y lo injusto, sobre lo bueno y lo malo, estos constituyen la base de las actitudes y las conductas externas de los hombres;

son los cimientos de una educación encaminada a lograr un desarrollo humano integral que busca formar al individuo de manera correcta.

Con el transcurso del tiempo es posible apreciar que existen valores que se derrumban y otros que surgen. Por lo tanto, las costumbres y los valores de los pueblos no siempre son los mismos. “Cualquier sociedad debe cambiar de constitución de valores para enfrentar problemas de adaptación, pero al mismo tiempo, debe retener cierta coherencia, un consenso mínimo, en sus sistemas apreciativos, o de lo contrario el orden social se rompería. De esta manera un cambio en los valores más aceptados en una sociedad nos remitiría a la existencia de un cambio cultural”³⁹.

Los cambios culturales son lentos, no se manifiestan en forma inmediata, es un proceso de largo tiempo, tampoco son homogéneos es decir estos no son uniformes en toda la sociedad. Los cambios ocurridos en México en la década de los sesenta en diversos ámbitos, como los demográficos, educativos, de salud, tecnológicos y económicos, han influido en la cultura nacional y el sistema de valores. Ejemplos de esos cambios son la valoración de la democracia como una mejor forma de gobierno, la disminución de la fecundidad, el aumento de la edad para el matrimonio, las relaciones sexuales prematrimoniales, la integración de la mujer en el trabajo, la influencia de los

³⁹ Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM; Los mexicanos de los noventa; P. 79

medios de comunicación al interior de los hogares, la preocupación por la ecología y el medio ambiente, la preocupación por los derechos humanos, etc.

Dichos cambios dan testimonio de las transformaciones de los sistemas valorativos de los mexicanos. Dado que en toda cultura es posible encontrar una infinidad de valores, estos han sido clasificados para su estudio en valores políticos, sociales, económicos, religiosos, familiares, materiales, afectivos, artísticos, etc.

Es importante destacar que así como existen valores en una cultura también es posible identificar contravalores, antivalores o valores negativos que son la antítesis de los mismos, esto es, la maldad se opone a la bondad, la injusticia a la justicia, la mentira a la verdad, la pereza al trabajo, etcétera. En general, estos contravalores se oponen al desarrollo pleno de las personas y por ende de la comunidad. En el mundo los antivalores se han expandido de manera indiscriminada y han invadido ámbitos sociales, económicos, culturales, deportivos, laborales, políticos. Al ser esto así, han invadido también la esfera de lo público al desarrollarse como virus al interior de las instituciones públicas le han hecho tanto daño. Algunos de los principales contravalores que enferman la salud de las instituciones públicas son: la ambición, la adulación, la avaricia, la codicia, la complicidad, el compadrazgo, el desorden, la desconfianza, el desenfreno, el dedazo, la deslealtad, la estafa, el egoísmo, el fraude, la hipocresía, la injusticia, la ineptitud, la irresponsabilidad, la insolencia, la incompetencia, la improvisación, la impunidad, el libertinaje, la

mentira, la malversación de recursos, el nepotismo, la negligencia, la prevaricación, la rapiña, el soborno, el tráfico de influencias, el temor, la traición, entre otros. Por sí mismo, cada vicio puede ser objeto de un análisis exhaustivo, sin embargo comúnmente nos referimos a estos utilizando la palabra corrupción.

La corrupción es un fenómeno mundial, afecta el desarrollo de los países y la marcha de las organizaciones, en algunos casos es la causa de muchos males como el de la pobreza, la contaminación, la tala de bosques en lugares prohibidos, la extinción de la flora y fauna, la injusticia, etc. Para fortuna de la humanidad, la corrupción es combatible siempre que se tenga conciencia y voluntad y se realice un gran esfuerzo mediante el establecimiento de medidas para frenarla. Entre las medidas básicas está: en lo general, lograr que las sociedades fomenten sus valores y en lo particular, lograr un cambio de actitudes en los servidores públicos a través de la ética a fin de formar una conducta integral.

4.1.9. DELITO

“Delito deriva del verbo latino delictum, del verbo delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar; abandono de la ley”⁴⁰.

“El delito consiste en la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo. Es la negación del derecho objetivo. La idea del delito toma su

⁴⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal, pág. 84.

origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal, es la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley.

Es todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena; impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso”⁴¹.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo del delito es toda persona que, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de ése, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito; no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona; en sus derechos o en sus bienes la persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado; y son los delitos de lesión o daño y

⁴¹ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal,pág. 60.

de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas; delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien; los delitos son de acción pública o de acción privada.

“La teoría del delito a los fines del siglo diecinueve y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica. Se tiene que fijar una fecha para indicar más o menos arbitrariamente el origen de la teoría del delito y la formulación de la distinción entre las nociones de culpabilidad y antijuricidad”⁴².

El delito es concebido como un comportamiento humano controlado por la voluntad, típico; ilícito y culpable. *“La culpabilidad es el aspecto subjetivo del comportamiento o evento físico exterior que consiste en la relación psicológica*

⁴² Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 67.

existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto es explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico, como la base de las investigaciones penales. Su esquema de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora”⁴³.

“Se puede sostener que dicha concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero; desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada teoríaneokantiana del conocimiento”⁴⁴.

El delito es toda acción u omisión punible, objetivizada en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos. En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal; son los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho.

⁴³ Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español, pág. 40.

⁴⁴ Fontán Palestra, Carlos. Tratado de derecho penal, pág. 52.

La clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctica, ya que con éstos es posible ubicar los delitos dentro los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, la gravedad que les asigna la ley, en cuanto a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por afectar determinado bien jurídico protegido por la ley penal; la tipificación de los delitos en cuanto a su comisión, así como la punibilidad de los mismos tratándose de la tentativa.

Solamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser consideradas como delitos, la preparación de esas conductas, no obstante que no constituyan propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, la que será penada cuando se pretenda afectar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad; además del individuo que sufre la lesión causada por el delito.

4.1.9.1. NÚCLEO DEL DELITO

El núcleo del tipo penal de la estafa consiste en el engaño. Según Gustavo Labatut Glana, expresa que: *“El engaño es el elemento característico de la estafa, que permite diferenciarla de otros delitos contra la propiedad, consiste en la mutación o alteración de la verdad, tendiente a provocar o mantener el error ajeno, como medio de conseguir la entrega de la cosa.”*⁴⁵

⁴⁵ LABATUT Glana, Gustavo. Derecho Penal. Tomo II. Novena edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 225.

El engaño tiene por objeto y efecto la entrega de valores. No todo engaño es capaz de integrar la estafa, por lo que es necesario que reúna dos condiciones que sea fraudulento, lo que equivale a decir que actúe como causa determinante del error; y que sea serio y capaz, esto quiere decir que sea suficiente para mover la voluntad de una persona normal.

Según Cabanellas, expresa que el engaño es *“Falta de verdad en lo que se dice o se hace, con ánimo de perjudicar a otro; y asimismo, con intención de defenderse de un mal o pena, aun cuando legalmente procedan.”*⁴⁶

Es así que se puede definir al engaño como la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer, dando a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

El ardid también se encuentra como un punto central de la estafa, es así que de acuerdo al Dr. Eugenio Cuello el ardid es aquella que *“indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar.”*⁴⁷

Por lo que el ardid es todo artificio o medio empleado mañosamente para simular un hecho falso o disimular uno verdadero, es el caso en el que el agente disfraza la verdad para así utilizar el engaño y hacer que la víctima entregue la propiedad.

⁴⁶ CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Pág. 164.

⁴⁷ Cuello Eugenio. Derecho Penal. Delitos contra la Propiedad. Tomo II. 1952 Pág. 491.

El engaño también puede ser definido según Laura Damianovich *“como una simulación o disimulación de sucesos y situaciones de hecho, materiales y psicológicos, con las que se logra que una persona siga en error, o como falta de verdad en lo que se piensa y se dice o se hace creer con la finalidad de producir e inducir al acto de disposición patrimonial”*⁴⁸.

De esta manera se puede ver que el engaño constituye el primer y principal factor, el mismo que podría diferenciarse de otras figuras afines mediante lo siguiente: en el robo y en el hurto el autor toma la cosa que no tiene en la apropiación indebida se adueña de lo que ha recibido; en la estafa, engaña para que el propio poseedor le entregue lo que desea hacer suyo.

Ahora bien, el engaño no debe ser cualquiera, éste debe ser idóneo, es decir, lo suficiente para mantener en error a la víctima, el error debe ser idóneo para lograr que la persona que lo padece disponga de su patrimonio.

Cuando como consecuencia de un engaño se produce la disminución del patrimonio por la aparición súbita de un pasivo en deterioro del activo, se lesiona el bien jurídico por medio de una estafa. Existen diferentes modalidades, ya que se entiende que el engaño se puede producir tanto de un modo activo (lo más frecuente) como de un modo pasivo. El problema principal

⁴⁸ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Tercera Edición Actualizada 2000. Editorial Universidad. Buenos Aires –Argentina. Pág. 397

para entender que un engaño de un modo pasivo es calificativo de estafa, es que el engaño debe ser bastante como para producir un acto de disposición. Una actuación pasiva (no informar, o no contar algo) es difícil que provoque un engaño de tal magnitud.

Al hablar del núcleo del delito de la estafa y el peculado es el engaño al estado y a los particulares que dada la circunstancia necesitan recuperar lo que se les fue sustraído por estas personas, así también hay que tomar en consideración que dependiendo de dónde se sitúe el investigador, en el paradigma del garantismo o el control social, del derecho penal mínimo o el derecho penal máximo, es el tratamiento que se debe dar al delito de peculado. Desde la perspectiva del control social, para Carlos Creus, refiriéndose a los delitos contra la administración pública, que es donde se encuentra el delito de peculado en nuestra legislación, manifiesta que estos delitos *“protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración”*

4.2. MARCO DOCTRINARIO

En el presente capítulo realizaremos, en primer lugar, un análisis del fundamento de la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la administración pública. Luego, se determinará el objeto de protección en los delitos contra la función pública; y, por último, se identificará el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado doloso.

4.2.1. LA INTERVENCION PENAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Respecto del primer punto, en principio se llevara a cabo una aproximación a la naturaleza, características y finalidades de la administración pública, lo cual obliga previamente a tratar de manera sucinta el paradigma del Estado Social y Constitucional de Derecho. Asimismo, se explicará el rol del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico y la sociedad, sus fines preventivos y garantistas, a efectos de analizar los aspectos político-criminales que fundamentan la sanción penal de conductas funcionariales en el marco de la administración pública. En cuanto al segundo punto de este capítulo, se realizará un análisis de lo que se entiende por bien jurídico-penal, y en específico abordaremos el tema de los bienes jurídicos colectivos para determinar el objeto de tutela general en los delitos contra la administración pública. Por último, sobre la base del estudio de las distintas teorías que han tratado de identificar el bien

jurídico específico protegido por el delito de peculado, se determinará que el objeto de tutela de este delito es el patrimonio público en sentido funcional.

4.2.2. EL PECULADO:

Dependiendo de dónde se sitúe el investigador, en el paradigma del garantismo o el control social, del derecho penal mínimo o el derecho penal máximo, es el tratamiento que se debe dar al delito de peculado. Desde la perspectiva del control social, para Carlos Creus, refiriéndose a los delitos contra la administración pública, que es donde se encuentra el delito de peculado en nuestra legislación, manifiesta que estos delitos *“protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración”*⁴⁹.

Edgardo Dona por su parte sostiene que el *“El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida*

⁴⁹ Carlos Creus, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Editorial Astrea. Buenos Aires 1998, p. 248.

*concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario*⁵⁰.

Desde la otra orilla, la del garantismo, la criminalización de conductas debe ser dada en función de la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados, y no en abstracto, es decir *“debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría 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*⁵¹. Es decir debemos establecer un bien jurídico concreto que sea tutelado por el delito de peculado.

El tratamiento al delito de peculado varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente cuando en las sentencias emitidas por los órganos de Administración de Justicia del Ecuador, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado, sin considerar que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal en cada país tiene diferentes connotaciones. Así en la legislación Colombiana o de Costa Rica, el peculado se refiere al abuso de bienes que hayan sido confiados a la custodia del funcionario público, es decir se individualiza la protección del

⁵⁰ Edgardo Dona, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, Rubinzal-Culzone Editores, Buenos Aires, año 2000, p. 259.

⁵¹ Vittorio Manes, Universidad de Trento, en BIEN JURÍDICO Y REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en RECPC 02-01 (2000).

bien jurídico; se sanciona al funcionario público que se haya apropiado de un bien del Estado.

Y por otro lado en la Argentina existe el tipo penal de malversación de fondos públicos, respecto del cual Carlos Creus sostiene que este delito tutela *“la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado”*⁵².

En el Ecuador, como lo aborda el autor nacional Luis Cueva Carrión, el peculado está ubicado y existe como ser jurídico penal en el Libro Segundo, Título III, que trata de los Delitos Contra la Administración Pública, y dentro del capítulo V, de la violación de los deberes contra funcionarios públicos, por lo que de esta codificación se infiere que el peculado no es un delito contra la propiedad sino contra la administración pública.⁵³

“Lo esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino

⁵² Carlos Creus, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Editorial Astrea. Buenos Aires 1998, p. 248.

⁵³ Luis Cueva Carrión, *Peculado*, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007.

ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente”⁵⁴

De las referencias expuestas, particularmente del bien jurídico lesionado por el delito en cuestión, surge la interrogante sobre ¿en qué momento se produce el resultado?, cuando se ha abusado efectivamente de fondos públicos, o ya cuando se ha faltado a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo. Los autores nacionales como el citado Cueva Carrión, sostienen una teoría que coincide con la de ciertos autores internacionales como Carlos Creus o Edgardo Dona, en virtud del cual el bien jurídico protegido u objeto del delito sería el eficaz desarrollo de la administración pública. La problemática que en estas líneas se expone respecto al tratamiento del delito de peculado, radica en las siguientes preguntas: ¿cuál es el bien jurídico protegido? y ¿cuándo se consuma el delito de peculado?

A priori parece que el bien jurídico “Administración Pública” es un concepto abstracto pues no aparece identificado plenamente el objeto de la protección

⁵⁴ Luis Cueva Carrión, *Peculado*, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007. pag 81.

jurídica, no así cuando hablamos ya de los bienes del Estado dados en custodia o administración del funcionario público.

El penalista colombiano CANCINO, indica al respecto “... *son considerados por el legislador como violatorios del bien jurídico de la administración pública. Desde ahora sostenemos, por ser de gran importancia, que según nuestro modo de entender, es muy difícil que exista un tipo penal que quebrante un solo bien jurídico; por ello decimos que el legislador escogió la administración pública, pero ello no quiere decir que no se quebrante, por ejemplo, el bien patrimonial.*”⁵⁵

Los venezolanos GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, entienden por peculado “*La sustracción de caudales del erario público hecha por las mismas personas que lo manejan.*”⁵⁶

CABANELLAS DE TORRES, plantea que es “*Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad este delito se denomina malversación de caudales públicos.*”⁵⁷

El diccionario electrónico www.definicion.de, lo define como “... *el delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía*

⁵⁵ CANCINO Colombiano año de publicación 2011 página 103

⁵⁶ GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, Venezuela 2013 página 809)

⁵⁷ CABANELLAS DE TORRES edición 2000 pagino 299

administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción. Quien comete este delito roba fondos que pertenecen al Estado y que, en teoría, debía gestionar.... La persona que incurre en esta falta defrauda la confianza del Estado, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de dinero, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.”⁵⁸

Para ROJAS VARGAS, penalista peruano, el delito de peculado “...sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.”⁵⁹

El gran jurista alemán, ROXIN “El delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas”⁶⁰.

⁵⁸ www.definicion.de

⁵⁹ ROJAS VARGAS edición 2003 página 281

⁶⁰ ROXIN edición 1998 página 89

QUINTERO OLIVARES (2004:23) manifiesta que *“...es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucional mente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”*⁶¹.

MUÑOZ RUBIO, en un análisis al Código Penal panameño de 1982, dice lo siguiente: *“Las diversas formas del delito de peculado tienden a proteger ese ordenado y regular desenvolvimiento de la actividad de interés colectivo, que la administración pública desarrolla. El interés jurídico prevaleciente es el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa en general. Siendo contenido esencial del delito la quiebra por parte del agente del deber propio de ciertas funciones públicas. En las formas más graves del ilícito, sin embargo, encontraremos que, además, de la ofensa a la administración pública, se viola un derecho ulterior: la propiedad de la administración. Pero, aún en esos casos, el interés tutelado no se relaciona con la seguridad de determinados bienes, sino que atañe a la actividad administrativa patrimonial, cuyo normal funcionamiento altera el funcionario con su comportamiento delictivo.”*⁶²

⁶¹ QUINTERO OLIVARES edición 2004 página 23

⁶² MUÑOZ RUBIO en un análisis al Código Penal panameño de 1982

La doctrina presentada anteriormente, con relación al delito de peculado, nos ofrece como denominador común el atentar contra el caudal del Estado a través del incumplimiento de los deberes que tiene aquel que ejerza la función pública. Es decir, la administración pública, se verá afectada una vez que el funcionario público que la ejerce, la coordina, deja de cumplir con el rol que le ha sido impuesto por el ordenamiento jurídico. Además, este delito no implica solamente el apoderarse del erario público, va más allá, el no cuidarlo, el no administrarlo con la eficiencia de un buen padre de familia, el darle un uso totalmente diferente al establecido en la norma jurídica.

Entendemos, también, que al ser considerado por la doctrina como un delito que consiste en quebrantar, violentar, transgredir las funciones que le son asignadas por ley a una persona que va a ejercer una función pública; este hecho punible guarda relación con el manual de funciones o el manual de cargos que debe tener toda institución pública, en el cual se le detalla a la personas qué debe y qué no debe hacer, cuáles son las funciones que debe desarrollar en el puesto que va a desempeñar.

Con esto podemos concluir que la práctica no se subsume en la teoría, así pues, si por un lado los autores dicen que *“lo esencial del delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo*

*servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad.*⁶³

4.2.3. LA PROPORCIONALIDAD Y LA DOSCIMETRIA DE LAS PENAS

Analizando el primer momento del análisis de la importancia del derecho penal en un estado constitucional de derechos y justicia como es el nuestro, en el cual un sistema punitivo debe ser por excelencia garantista. Posteriormente, dada la inexistencia de parámetros técnicos para la creación de penas, impulsaremos la utilización de uno que sea apropiado; esto quiere decir que se aportará con una técnica legislativa penal que permita al legislador crear normas punitivas debidamente proporcionales. Además como parámetros de evaluación de la técnica legislativa penal se propondrá la utilización del principio de proporcionalidad, con los tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por otro lado, se dice que Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005 *“el principio de racionalidad puede asimilárselo al de proporcionalidad punitiva puesto que, éste se considera menoscabado al momento de imputar penas que no resultan ser acordes al injusto o casionado con la comisión de un delito, lo cual debe*

⁶³ CUEVA Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007, p. 81.

*ser inexorablemente considerado a fin de no lesionar además el principio de humanidad mediante la imputación de penas irracionales*⁶⁴.

A más de lo mencionado, Ramiro Borja (2005) señala que, *“al momento de imputar una pena a más de los agravantes y atenuantes aplicables al caso ha de considerarse la situación personal del imputado, a fin de graduar mediante ello las penas y lograr consecuentemente la aplicación de una legislación justa*⁶⁵.

Finalmente, de acuerdo a la concepción liberal Miguel Carbonell (2007) sostiene que, *“el principio de proporcionalidad punitiva juega un papel trascendental en el Estado puesto que tras considerarlo a éste como policía, la aplicación de aquel principio como garantía del debido proceso permitirá alcanzar el objetivo propuesto por dicha concepción como lo es evitar todo tipo de arbitrariedades por parte de la autoridad*⁶⁶.

El principio de proporcionalidad punitiva conforme lo sostiene el tratadista Carlos Fontán Balestra (1980) ha sido reconocido conforme se mencionó en el capítulo anterior, *“a medida que el derecho penal ha evolucionado históricamente, reconociéndolo en última instancia tras la revolución francesa*

⁶⁴ Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005

⁶⁵ Ramiro Borja 2005

⁶⁶ Miguel Carbonell (2007)

en 1789 mediante la *“Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”* en la cual se suprimió toda aplicación arbitraria de poder”⁶⁷.

Progresivamente, y conforme corresponde a nuestro actual estudio este principio se ha ceñido al derecho penal de forma que Abarca Galeas, 2003, *“las sanciones fijadas por el legislador han de ser proporcionales a la infracción cometida, considerando para ello previamente el daño que con ella se ha causado, a fin de evitar que la imputación por dicho concepto resulte ser más severa que el perjuicio ocasionado”*⁶⁸.

Una política integradora es aquella que se preocupa profundamente desde el momento que se crea una norma penal por parte del legislador, esta debe ser necesaria, idónea y proporcional; que los jueces cumplan con su función de jueces garantistas, es decir que apliquen la norma en los casos concretos cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Que al momento de ejecutar la sanción exista una verdadera política de rehabilitación, donde el infractor sea reinsertado a la sociedad para que no vuelva a cometer delitos. Entonces si desde el momento que se crea una ley, esta no es idónea, necesaria y proporcional, no esperemos que el juez y quienes se encargan de ejecutar la pena cumplan con su rol garantista. En el ámbito penal se puede notar claramente si un Estado es garantizador de los derechos de las personas o no.

⁶⁷ Carlos Fontán Balestra (1980)

⁶⁸ Abarca Galeas, 2003)

Es un trabajo arduo el del legislador porque en sus manos está el crear tipos penales que protejan bienes jurídicos fundamentales. El código penal creará un impacto social bueno en caso que sea preventivo y no puramente sancionador. Se necesita un código donde la restricción de la libertad sea de última ratio y donde se implementen nuevos tipos de penas. En muchos de los casos lo que las víctimas requieren es que se les repare integralmente los daños, mas no que se les prive de la libertad a los infractores.

Una ley no es la solución para todos los problemas existentes, pero sí una ley que sea necesaria, idónea y proporcional, es decir una ley eficaz que permita de algún modo mejorar la situación presente. Entonces si brindamos al legislador criterios técnicos, pautas, métodos adecuados para la creación de penas eficaces, estaremos contribuyendo a fortalecer nuestro Estado garantista.

La proporcionalidad de la pena o dosimetría de las penas el Dr. José García Falconí en su artículo del lunes 26 de noviembre del 2012 explica que el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República señala entre las reglas del debido proceso *“en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: La ley establecerá la debida*

*proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza”.*⁶⁹

Tratados internacionales sobre el principio de proporcionalidad tenemos algunos.

1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales del año 1950;
2. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, del año 1955;
3. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del año de 1975;
4. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, del año 1979;
5. Principios de Ética Médica, aplicables a la función del personal de salud en la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1982; y,
6. La Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América entre otras.

El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una

⁶⁹ GARCIA FALCONI, José. Artículo del lunes 26 de noviembre del 2012 de Diario el Comercio

naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.

Hay que señalar que mediante el principio de proporcionalidad, se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional, de tal modo que la responsabilidad de los particulares, para su existencia requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intensión que se juzga lesiva; o sea que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifican la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.

Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. Por lo tanto el principio de proporcionalidad, es necesariamente individual y el castigo impuesto debe causar simetría con el comportamiento ya la culpabilidad sujeto al que se imputa; y es así que el Art. 306 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente señala que el Tribunal de Garantías Penales al elaborar la sentencia

debe incluir una motivación completa y suficiente, y la regulación de la pena respectiva en caso que se hubiera declarado la culpabilidad del procesado; igualmente el Art. 312 en su parte pertinente señala que la sentencia que declare la culpabilidad (...) determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone.

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

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

La Constitución de la República del Ecuador que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas y establece una normativa que da potestades para sancionar a quien incumpliera la norma, pero que sucediera si esta no está establecida, por lo expuesto se cree conveniente plantear una norma que sancione a los peritos que faltaran a la verdad en su informe, es así que el artículo. 66 establece que reconoce y garantizará a las personas: y de esta manera en su numeral cuarto que expresa que todas las personas tenemos *“derechos a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”*⁷⁰. Así también Juan José Falconi hace un análisis constitucional y manifiesta que el Art. 76 numeral 2 de la CRE *“Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad, mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*;⁷¹ lo cual significa que en nuestro sistema no se admite la responsabilidad objetiva en materia penal, sino exclusivamente la subjetiva, toda vez que el Estado, para imponer la pena, está obligado a demostrar que la persona es culpable, es decir que ha actuado culpablemente;

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 76 num.2 Editorial Corporaciones de estudios y Publicaciones. Quiro- Ecuador. 2014.

Hay que referirnos a la ley del Tali3n ya que si aceptamos un argumento retribucionista, segun el cual el derecho penal debe imponer al infractor un castigo equivalente al mal que causa, equivaldría a la negación de la idea misma de los derechos humanos y del constitucionalismo, pues se estaría eliminando todo límite al poder punitivo estatal, ya que resultaría, que si una persona tortura entonces ¿Debe el Estado torturarla?, si mutila a sus conciudadanos ¿Debe el Estado mutilarlo?; conviene recordar que vivimos en un Estado constitucional de derechos y justicia;⁷² y, que los derechos de las personas nacieron precisamente como limitaciones al Estado, por lo cual su consagración prohíbe la utilización de determinados medios para alcanzar objetivos de interés general, pues de lo contrario el juicio no sería la carta de derechos del ciudadano -como establece la Filosofía de los derechos humanos- sino la prueba y la declaración de que el delincuente al haber roto el pacto social se ha convertido en enemigo y por tal ya no ciudadano del Estado, con lo cual estaríamos aceptando la teoría del derecho penal del enemigo de Gustav Jakobs; en cambio, conforme a nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, no solo hay medios inaceptables, sino que aún las personas privadas de la libertad tienen varios derechos como los señalados en el Art. 51 de la Constitución de la República vigente.

De todo lo anotado se desprende, que la modernidad democrática se construye con la idea de abandonar la Ley del Tali3n, pues la justicia penal, si quiere ser

⁷² Constitución de la República del Ecuador. Art. 76 num.2 Editorial Corporaciones de estudios y Publicaciones.Quiro- Ecuador. 2014.

digna de su nombre no debe ser una venganza encubierta; de allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción sean entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación; de tal manera que si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena y el delito librado de culpabilidad, pues el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos, como bien lo señala la Corte Constitucional de Colombia en varias de sus resoluciones.

Ahora bien tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Carta Magna en su articulado expresa estas garantías básicas, teniendo una justicia gratuita y sin dejar en indefensión a ninguna de las partes, sin vulnerar sus derechos y garantías y porque no establecerlos para aquella persona que actúa como perito y estos expone un informe malversando la verdad de los hechos, pues es así que el artículo 75.- expresa textualmente lo siguiente “...*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de*

inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley...⁷³

En conclusión el principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos, pero es el juez o tribunal de garantías penales, el garante del equilibrio que se mantenga, pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos.

De lo que se colige, que el principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la racionalidad en la actividad jurisdiccional, pues los criterios de la sana crítica se entrelazan con el principio de proporcionalidad a lo largo del proceso penal y deben ser observados por el juez en todo momento; de tal modo que el principio de proporcionalidad es el parámetro de conducta, que debe poner el juez para que garantice en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso penal, o sea que la pena debe ser resultante y consecuencia del hecho cometido, así la pena debe estar limitada entre otras circunstancias por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo, pues sólo de este modo la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso

⁷³ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 75

concreto, se constituye en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, teniendo siempre en cuenta que la pena tiene un significado rehabilitador, por lo que debe considerarse las condiciones personales del sujeto directamente relacionados con su acción, pues solo así se encuentra el equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de la pena que le corresponde a quien lo realizó, siempre respetando la dignidad humana.

Hay que recordar que los principios generales del derecho consistente en dar a cada cual lo suyo y de proporcionalidad entre el daño y el castigo, saldrían mal librados de seguirse aplicando tal rigorismo, máxime si se tiene en cuenta que uno de los motivos de descredito y cuestionamiento de la justicia ha sido su severidad extrema con la pequeña delincuencia y la laxitud o generosidad con los grandes criminales.

Para terminar el comentario sobre este artículo es menester recalcar que la función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado constitucional de derechos y justicia es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social, de tal manera que las penas en un Estado constitucional de derechos y justicia, no están orientadas por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general y de rehabilitación; esto es, debe tener efectos disuasivos ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el

comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones, así lo dispone el Art. 195 de la Constitución de la República que establece los parámetros dentro de los cuales tiene que intervenir la Fiscalía General del Estado en la investigación de los delitos de acción pública, esto es atendiendo los principios de proporcionalidad y mínima intervención penal.⁷⁴

4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

El 10 de agosto de 2014, Ecuador amaneció con una nueva ley penal que trajo consigo cambios sustanciales a la normativa anterior, como la reducción de sanciones para el tráfico de drogas, la acumulación de penas hasta por 40 años y la creación de nuevos tipos de delitos.

Es así que este Código en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

Con el análisis de las disposiciones de nuestra codificación en el ámbito penal es necesario que en esta parte puntalicemos las disposiciones propiamente creadas en esta materia o en el Código Orgánico Integral Penal y así tenemos lo siguiente: Adecuación de la normativa nacional a los compromisos

⁷⁴ Dr. José García Falconí. Docente, de la facultad de Jurisprudencia. Universidad Central del Ecuador. Lunes 26 de noviembre del 2012.

internacionales Por primera vez se tipifican infracciones como la omisión de denuncia de tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual en conflicto armado.

Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.
2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.
3. El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código.
4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

Artículo 23.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

Artículo 26._ Dolo Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Artículo 28._ Omisión dolosa. La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte.

Art. 75.- Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.
2. Las penas no privativas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento.

La prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada.

3. Las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en el mismo plazo que las penas restrictivas de libertad o las penas no privativas de libertad, cuando se impongan en conjunto con estas; en los demás casos, las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en cinco años.

La prescripción requiere ser declarada.

No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales.

Art. 278.- **Peculado.-** (Reformado por la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima, num. 1 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014; y, por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015).-Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en

su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

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

Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

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

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

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

Art. 581.- Formas de conocer la infracción penal.- (Reformado por el Art. 9 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015).- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.
2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.
3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista

un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

La nueva ley penal los denomina delitos contra la eficiencia en la administración pública. Son 16 y ocho están relacionados con actos de corrupción de los funcionarios públicos. El peculado, la concusión, el cohecho y el enriquecimiento ilícito están en esa lista y se mantienen -al igual que en la anterior legislación- como infracciones imprescriptibles, según el numeral 4 del artículo 16. La Constitución también los considera como tal, pues señala que son delitos de “agresión al Estado”. Incluso se advierte que los juicios se desarrollarán en ausencia de los procesados. Pero a diferencia de la anterior normativa, el actual Código Integral Penal (COIP) endurece, en promedio cuatro años, las sanciones para quienes incurran en estos cuatro tipo de delitos. El peculado, por ejemplo, ahora se pena con 10 y 13 años de cárcel. Antes, la sanción era de 8 a 12 años. El COIP precisa que cometen peculado los servidores públicos que “abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes, dinero público o privado... que estén en su poder en virtud de su cargo”.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Art. 233 A El empleado público que, teniendo a su cargo caudal o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los substraigiere o consintiere que otros los substraigan, será castigado:

- 1) Con la pena de presidio menor en su grado medio, si la substracción no excediere de cuatro sueldos vitales.-
- 2) Con la de presidio menor en su grado máximo si excediere cuatro sueldos vitales y no pasare de cuarenta sueldos vitales.-
- 3) Con la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta sueldos vitales.-

En todos los casos con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos

4.4.2. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE MÉXICO

Art. 215 A Cometén el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes:

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente

4.4.3. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS

Art. 370 A El funcionario público que se apropie de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo, y el funcionario público que, interviniendo en los actos de administración, percepción o custodia, aunque directamente no le hubiesen sido confiados, se apropiare de dichos efectos o caudales, incurrirá en reclusión de tres meses a tres años si lo malversado no excediere de 1.000 lempiras, y de tres a doce años si pasare dicha cantidad.

4.4.4. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Art. 438 El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a diez años.

Si el peculado se realizare aprovechándose del error de un tercero, la sanción aplicable será de uno a tres años de prisión

4.4.5. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Art. 133 A 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 particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado en razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis a quince años, multa equivalente al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas de seis a quince años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes.-

Si lo apropiado supera el valor de doscientos salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad.

4.4.6. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

Art. 142 A El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña, se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años.

Tal como señala el Dr. Villada, las normas citadas proponen similares conductas, con algunas pequeñas diferencias, que si bien excede su análisis en el presente trabajo, sólo a modo de ejemplo podemos mencionar algunas, a saber:

Consentir que un tercero sustraiga: no es una forma perfecta de participación (Chile), Disposición indebida: existe una interversión de título (México), Apropiación de caudales, diferenciándolo del hurto (tomar algo ajeno, en Honduras; apoderamiento en Bolivia), Agravante por cantidad sustraída (Honduras) y atenuante (Colombia y Uruguay), Apropiarse sin ser necesariamente el que tenga la custodia sobre la cosa (El Salvador)

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MATERIALES.

Los materiales utilizados que coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución República del Ecuador, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Diccionario de la Real Academia Española; Bramont-Arias Torres, Luis Miguel; Manual de Derecho Penal; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio Lecciones de Derecho Penal; Bustos Ramírez, Manual de Derecho penal Español; Calderón Sumarriva, Ana. El ABC del Derecho Penal; Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Castillo Dávila, William Paco. Teoría General del Hecho punible; Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco y Código de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco; Gómez Eusebio Costa Olaechea. Tratado de Derecho penal; Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho penal; López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. México; Muños Conde, Francisco. Derecho Penal; Villa Steín, Javier. Derecho Penal arte General; Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho penal; Larramendi, Edmundo. La Tipicidad Subjetiva. Revista del Derecho Penal; Enciclopedia Penal Básica de Luzón Peña, Diego-Manuel. Editorial Comares, 1246pags. No Edición: 1a . Año de edición:2002.. Plaza edición: GRANADA. Edición Primera, editorial Praxis, Barcelona, 1 999.

Todas las fuentes bibliográficas me sirvieron para la constitución de marco doctrinario y conceptual, así como la legislación comparada; de igual manera pude utilizar material de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresoras, y fichas bibliográficas y nemotécnicas elaboradas; todo este material, me ha servido de mucho para estructurar el informe final de Tesis así como a entender mucho más a fondo mi problemática investigada como; la realidad de las leyes en nuestro sistema jurídico.

5.2. MÉTODOS.

Para la realización de la presente tesis, me ayudé de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir, las formas o medios que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos; los métodos a utilizados son:

Método científico._ Es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva.

Método inductivo._ Este método me permitió, conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular hasta llegar a lo general, es decir partiendo de un tema específico como la privación de la libertad por

adeudar dos o más pensiones alimenticias y su respectivo análisis de los principales términos inherentes al tema investigado.

Método deductivo._ Este método me permitirán, conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular de la problemática, que en el caso que nos ocupa, para el desarrollo este trabajo investigativo, partí analizando conceptos generales a ser utilizados en forma frecuente y que permiten comprender de mejor manera el tema a analizar, sus principales postulados doctrinarios, su incidencia en nuestra legislación así como los vacíos y contradicciones constantes en la misma y la obtención de conclusiones y con ellas recomendaciones y finalmente la propuesta de reforma jurídica como posible solución en derecho a la problemática planteada en mi trabajo de investigación.

Método materialista histórico._ Me permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

Método descriptivo._ Este método me compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

Método analítico._ Me permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

La investigación es de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativa para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica utilicé también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos, documentos y doctrinas.

Las técnicas que utilizadas en este estudio son las siguientes:

✚ **Fichaje:** esta técnica será de mucha utilidad en el ordenamiento y utilización de las consultas bibliográficas que realizaré para el desarrollo de la tesis.

✚ **Observación:** esta técnica tendrá singular valor al momento de realizar la observación concreta de la problemática en el campo de investigación.

✚ **Encuesta:** esta técnica me permitirá recopilar los datos necesarios para reforzar el eje teórico de mi investigación así como para contrastar la respectiva hipótesis. El modelo de encuesta oportunamente aprobado por el señor Director de Tesis será aplicado a treinta profesionales del derecho de la ciudad de Loja, procurando abordar a aquellos con mayor experiencia en el campo del derecho constitucional y del derecho penal Las preguntas se

orientarán a recabar los datos necesarios para la contrastación de la hipótesis propuesta.

En cuanto a la presentación del informe final de investigación, me regiré por las normas generales que dicta la metodología de la investigación científica para el efecto, así como por las normas reglamentarias específicas que contemplan el Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.

6. RESULTADOS.

6.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS ENCUESTAS Y REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LOS RESULTADOS.

Primera Pregunta:

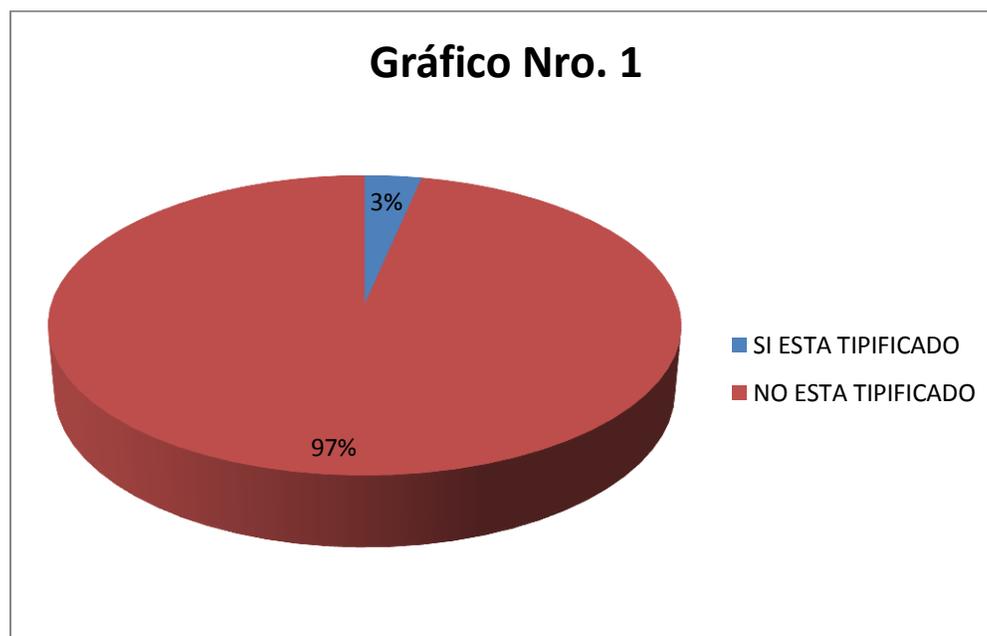
¿Conoce usted si en la legislación penal ecuatoriana establece la reparación de los daños ocasionados para el delito de peculado?

Cuadro N° 1

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 1 | 3% |
| NO | 29 | 97% |
| TOTAL | 30 | 100% |

Autor: Armando Gustavo Carrera García

Fuente: Profesionales del derecho.



Análisis: De 30 personas encuestadas que equivalen a un 100%; 1 persona que representan un 3%, consideran que existe la reparación de los daños para el delito de peculado; mientras, que 29 personas que representa un 97%, considera que no existe dicha reparación dejando en vulneración jurídica al procesado.

Interpretación: La mayoría de los encuestados expresan que no consta la reparación de los daños dentro de nuestro Cuerpo Legal como es el Código Orgánico Integral Penal, esto a pesar de que la Constitución de la República establece el principio de igualdad, estableciendo así un vacío jurídico dentro de nuestra legislación, al dejar en indefensión a esta parte procesal como es el Estado.

Segunda Pregunta:

¿Según su criterio, está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los intereses y bienes estatales, estableciendo el principio de igualdad y proporcionalidad en los delitos de peculado?

Cuadro N° 2

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 27 | 90% |
| NO | 3 | 10% |
| TOTAL | 30 | 100% |

Autor: Armando Gustavo Carrera García

Fuente: Profesionales del derecho.



Análisis: De 30 personas encuestadas que equivalen a un 100%; 27 personas, que representan un 90%, están de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los bienes y garantías estatales tomando en consideración los principios de igualdad y proporcionalidad como nuestra Carta Magna lo establece; mientras que 3 personas, que equivale a un 10%, no están de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja la víctima tomando en consideración los principios de igualdad y proporcionalidad como nuestra Carta Magna lo establece.

Interpretación: Un noventa por ciento de los encuestados está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los bienes estatales y no vulnere derechos y garantías constitucionales al no permita que dentro de este cuerpo legal exista una tabla porcentual en el delito de peculado acogiéndose al principio de proporcionalidad.

Tercera Pregunta:

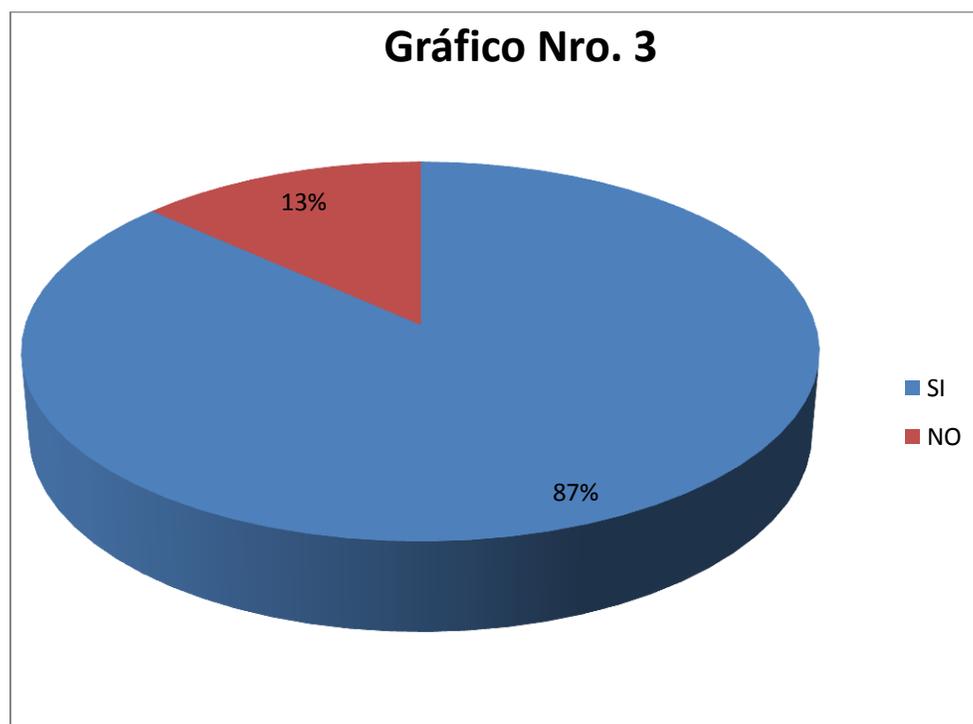
¿Cree usted que se debería reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer la reparación en un cien por ciento los daños ocasionados al estado, en el delito de peculado para no vulnerar los derechos de los ciudadanos?

Cuadro Estadístico N° 3

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 26 | 87% |
| NO | 4 | 13% |
| TOTAL | 30 | 100% |

Autor: Armando Gustavo Carrera García

Fuente: Profesionales del derecho.



Análisis: De 30 personas encuestadas que equivalen a un 100%; 26 personas, que representa un 87%, dice que si se podría establecer una reforma a este cuerpo legal para establecer la reparación de los daños ocasionados al estado en un cien por ciento y no dejar en indefensión a la parte procesada; mientras que 4 personas, que significan un 13%, dicen que no se podría establecer una reforma a este delito u por lo que ya existe sanción para el mismo.

Interpretación: De las respuestas dadas por los encuestados, se puede establecer que es de suma importancia el crear una reforma al Código Orgánico Integral Penal para establecer una sanción que permita el restablecimiento del cien por ciento de los daños ocasionados por parte del servidor público que lo haya cometido, para que equipare la pena en el delito de peculado sin vulnerar los derechos tomando en consideración que la Constitución de Derecho de la República del Ecuador como dispone que la ley establecerá debido proporcionalidad entre la infracciones y las sanciones penales, administrativas de otra naturaleza

Cuarta Pregunta:

¿Considera usted que el servidor público que haya cometido el delito de peculado debe reparar en un cien por ciento los daños ocasionados?

Cuadro N° 4

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 27 | 97% |
| NO | 3 | 10% |
| TOTAL | 30 | 100% |

Autor: Armando Gustavo Carrera García

Fuente: Profesionales del derecho.



Análisis: De 30 personas encuestadas que equivalen a un 100%; 26 personas, que representan un 87%, consideran que si se debería establecer en la normativa existente la reparación de los daños ocasionados al estado en los delitos de peculado como lo establece nuestra Carta Magna; 3 personas, que representan un 10%, consideran que no atenta a los principios Constitucionales porque el delito de peculado afecta a los bienes estatales y deben ser drásticas las sanciones para el mismo.

Interpretación: De la encuesta realizada, la mayoría de personas expresa que la omisión de los principios constitucionales y en este caso el de proporcionalidad afecta al procesado, por lo que se cree conveniente que nuestro Código Orgánico Integral Penal reconozca una tabla porcentual al delito de peculado para no vulnerar derechos y garantías básicas, así se cometiere cualquiera que fuera la infracción, y hacen referencia a lo que establece el mismo cuerpo legal que expresa el dar a cada cual lo que le corresponda.

Quinta Pregunta:

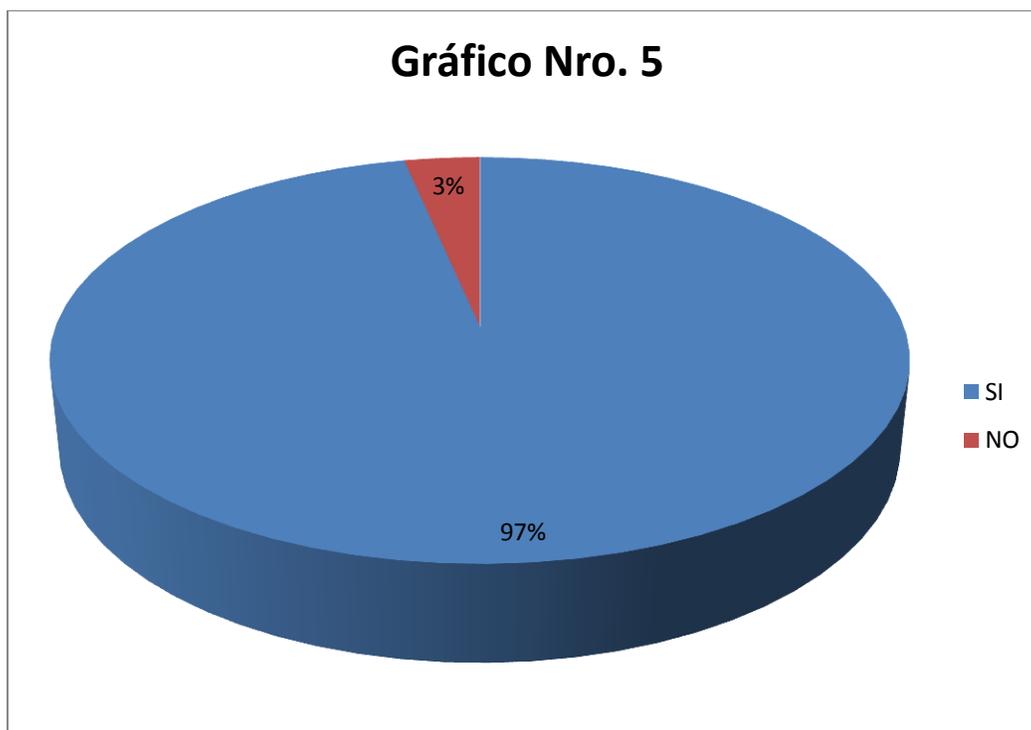
¿Considera necesario sancionar al infractor que cometiera el delito de peculado estableciendo la reparación de los daños ocasionados del estado?

Cuadro N° 5

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 29 | 97% |
| NO | 1 | 3% |
| TOTAL | 30 | 100% |

Autor: Armando Gustavo Carrera García

Fuente: Profesionales del derecho.



Análisis: De 30 personas encuestadas que equivalen a un 100%; 29 personas, que representan un 97%, consideran que es necesaria una reforma en el Código Orgánico Integral Penal; mientras que 1 persona, que significa un 3%, considera que no se debe realizar una reforma.

Interpretación: La gran mayoría de las personas encuestadas consideran que es necesario aplicar una reforma en el Código Orgánico Integral Penal sobre una reparación integral del cien por ciento del daño ocasionado al estado y que reconozca los derechos de las personas infractoras en el delito de peculado y tome como referencia el principio de proporcionalidad de la pena.

6.2. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS

La entrevista se la realiza con la finalidad de conocer la realidad de esta problemática más cerca y a la vez con ello adquirir una mayor información de cómo transgrede las sanciones al no establecer la reparación de los daños en el cien por ciento del monto sustraído sobre las infracciones cometidas por servidores públicos en los delitos de peculados, la misma que se ha aplicado a un número de DOS personas conocedoras del tema, las mismas que desempeñan actividades relacionadas con el derecho penal, y las opiniones que se han obtenido con la relación a esta problemática se puntualizan a continuación.

PRIMER ENTREVISTADO

1. ¿Conoce usted si en la legislación penal ecuatoriana establece la reparación de los daños ocasionados para el delito de peculado?

RESPUESTA: Bueno nuestra legislación Ecuatoriana no establece la reparación de los daños ocasionados por parte del servidor que ha cometido el delito de peculado, así también si existe una sanción penal para estos delitos.

2. ¿Según su criterio, está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los intereses y bienes estatales, estableciendo el principio de igualdad y proporcionalidad en los delitos de peculado?

RESPUESTA: Considero que debería por obligación establecer la reparación integral de los daños ocasionados por parte del servidor público, tomando en consideración que este delito afecta a todos los ciudadanos y por ende debe ser sancionado con mayor rigurosidad.

3. ¿Cree usted que se debería reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer la reparación en un cien por ciento los daños ocasionados al estado, en el delito de peculado para no vulnerar los derechos de los ciudadanos?

RESPUESTA: creo que la reforma a nuestro cuerpo legal seria eminente porque de estas formas no se dejaría en vulnerabilidad jurídica los derechos que vuestra Carta Magna establece para el caso.

4. ¿Considera usted que el servidor público que haya cometido el delito de peculado debe repara en un cien por ciento los daños ocasionados?

RESPUESTA: creo conveniente establecer una reforma a nuestro Código Orgánico Integral Penal con el propósito de establecer la reparación integral del cien por ciento de los daños ocasionados por parte del. Servidor público para de esta forma no dejar en indefensión a la ciudadanía y no vulnerar los derechos constitucionales

5. ¿Considera necesario sancionar al infractor que cometiera el delito de peculado estableciendo la reparación de los daños ocasionados del estado?

RESPUESTA: sería de gran importancia sancionar al infractor que de una u otra forma a cometido el delito de peculado y dentro de esta sanción establecer el resarcimiento de los daños ocasionados por el mismo.

SEGUNDO ENTREVISTADO

1. ¿Conoce usted si en la legislación penal ecuatoriana establece la reparación de los daños ocasionados para el delito de peculado?

RESPUESTA: no conozco, pues siempre para estos delitos se establece una pena de reclusión pero nunca la reparación integral de los daños.

2. ¿Según su criterio, está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los intereses y bienes estatales, estableciendo el principio de igualdad y proporcionalidad en los delitos de peculado?

RESPUESTA: es de gran importancia establecer una normativa que mencione la reparación de los daños ocasionados por parte del servidor público que cometiere el delito de peculado.

3. ¿Cree usted que se debería reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer la reparación en un cien por ciento los daños ocasionados al estado, en el delito de peculado para no vulnerar los derechos de los ciudadanos?

RESPUESTA: sería de gran importancia el establecer la reparación de los daños ocasionados por parte del servidor público, tomando en consideración el monto sustraído por el mismo.

4. ¿Considera usted que el servidor público que haya cometido el delito de peculado debe repara en un cien por ciento los daños ocasionados?

RESPUESTA: es una de las mayores formas de hacer que el servidor público repare los daños que ha cometido al estado, tomando en consideración que de esta forma podrá en gran parte resarcir sus daños.

5. ¿Considera necesario sancionar al infractor que cometiera el delito de peculado estableciendo la reparación de los daños ocasionados del estado?

RESPUESTA: la sanción al servidor público que debe existir creo y es de gran importancia la reparación de los daños ocasionados en un cien por ciento.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

7.1.1. OBJETIVO GENERAL.

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, sobre el tipo penal de peculado en el Ecuador, su tipicidad y sus sanciones.

Este objetivo lo verifico con la revisión de literatura, que comprende el Marco Conceptual, en el cual se dan conceptos y definiciones acerca de la temática en investigación; Marco Jurídico que comprende el ámbito legal y como se encuentra estipulado el principio de proporcionalidad en la Constitución de la República del Ecuador, así como también en el Código Orgánico Integral Penal; y, Marco Doctrinario, que incluye los diferentes puntos de vista de tratadistas y estudiosos del derecho de penal, de cuyo análisis he podido establecer la falta de tipificación del delito de peculado así como también la proporcionalidad de la pena para cada uno de estos. Este objetivo también lo verifico con las respuestas a las preguntas de la encuesta y entrevistas.

7.1.2. Objetivos Específicos.

- Establecer el grado de incidencia del delito de peculado en la sociedad y el perjuicio económico y social que causa.

Este objetivo lo verifico con el desarrollo del Marco Teórico, específicamente con los temas de peculado y proporcionalidad de la pena, en el cual se hizo un extenso análisis de las figuras penales y la configuración de las mismas, dentro del cual existe el deber Constitucional, y con las respuestas a las preguntas dos tres y cuatro de la encuesta aplicada a profesionales del derecho.

- Determinar las recomendaciones del caso a fin de que se logre controlar el grado de frecuencia de este delito en el Ecuador.

Este objetivo lo verifico al realizar un estudio jurídico en especial con el estudio de legislaciones de otros países donde sí se tipifica la proporcionalidad de la pena y a través de la aplicación de la encuesta, específicamente con las respuestas a la pregunta cinco en donde la mayoría de los profesionales encuestados expresan que es trascendental la aplicación de una reforma en dicho sentido.

- Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal para establecer una nueva sanción económica en el delito de peculado.

Este objetivo lo verifique al momento de reconocer las respuestas de los entrevistados y encuestados que expresan que debe existir una reforma al Código Orgánico Integral Penal para reconocer los derechos de las personas procesadas y el Estado por los delitos de peculado.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

- La falta de tipicidad de nuevas sanciones en el delito de peculado previsto en el Art. 279 del Código Orgánico Integral Penal, provoca que no exista una reparación correcta al estado en su patrimonio por el cometimiento de este tipo penal en particular.

Luego del desarrollo de la presente investigación, llego a la conclusión que mi hipótesis planteada es afirmativa, por cuanto con el análisis de la literatura, ya sea en el Marco Conceptual, Jurídico o Doctrinario, se concluye que existe la falta de proporcionalidad en nuestro Código Orgánico Integral Penal, lo cual ocasiona que en muchos casos la respectiva sanción para el infractor de este delito, sin reconocer sus derechos o garantías Constitucionales al no establecer una tabla porcentual que determinar una sanción acorde al monto que el servidor público en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan, dispongan arbitrariamente de los bienes muebles o inmuebles, dineros, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, tomando en consideración el principio de proporcionalidad como lo establece nuestra Carta Magna.

7.3. FUNDAMENTACIÓN DE PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

El presente trabajo de investigación tiene como propósito realizar un estudio y análisis del tipo penal de Peculado para establecer una tabla porcentual para el

mismo, abordándose las consideraciones políticas criminales, un análisis sobre la problemática de la autoría y participación en el delito de Peculado, los tipos de Peculado y la necesidad de cambio y finalmente las reformas del delito de peculado.

Ahora bien tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Carta Magna en su articulado expresa estas garantías básicas, teniendo una justicia gratuita y sin dejar en indefensión a ninguna de las partes, sin vulnerar sus derechos y garantías y porque no establecerlos para aquella persona que actúa como perito y estos expone un informe malversando la verdad de los hechos, pues es así que el artículo 75.- expresa textualmente lo siguiente "...Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley..."

En conclusión el principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos, pero es el juez o tribunal de garantías penales, el garante del equilibrio que se mantenga, pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos.

Es así que este Código en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

8. CONCLUSIONES

Primera.- Que todo acto ya sea administrativo civil o penal es impugnabile, y se debe reconocer una proporcionalidad para la pena del mismo sin vulnerar derechos Constitucionales.

Segunda.- Se concluye que de acuerdo a la Constitución el principio de proporcionalidad se debe aplicar a todas las normas que en forma jerárquica son dependientes de esta.

Tercera.- El Código Orgánico Integral Penal debe reconocer la proporcionalidad de la pena en los delitos de peculado.

Cuarta.- El Código Orgánico Integral Penal si bien establece sanciones de cualquier forma para los delitos que establece el mismo, no existe una normativa que prevea esta tabla para los delitos de peculado.

Quinta.- El principio de proporcionalidad es fundamental para los delitos de peculado porque no es correcto establecer la misma sanción para el infractor que cometiera el mismo delito en mayor escala.

Sexta.- Llegamos a la conclusión que el 93% de los encuestados menciona una reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer una tabla porcentual que reconozca los derechos de la persona procesada.

9. RECOMENDACIONES

Primera.- Que se capacite a los servidores públicos respecto de los efectos que se pueden producir al momento de cometer el delito de peculado y las sanciones que el mismo establece.

Segunda.- Que se establezca una reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer la reparación de los daños ocasionados en un cien por ciento que permita reconocer la sanción por el monto adquirido por parte del infractor.

Tercera.- Que se reconozca los derechos de la parte infractora al momento de establecer una sanción por parte del Juez en los delitos de Peculado, sin la vulneración de los mismos o de terceros.

Cuarta.- Que se tome en consideración el monto que el servidor público o infractor tomare cometiendo el delito de peculado para establecer una sentencia acorde a este sin dejar en indefensión al mismo.

Quinta.- El deber de proporcionalidad establecido en la Constitución, debe ser legislado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para que pueda ejecutarse, y de esta manera evitar que quede en un solo enunciado constitucional, para lo cual se tomara referencia de la legislación.

Sexta.- Se debe tipificar la proporcionalidad en el delito de peculado en nuestro Código Penal, para evitar que las personas que son sancionadas por el delito de peculado se les vulnere los derechos que nuestra Carta Magna establece.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO.

Que, es deber primordial del estado garantizar el cumplimiento efectivo de las normas constitucionales.

Que, constituye labor fundamental de la función Legislativa, adecuar al Marco Jurídico-Legal existente, a los actuales requerimientos de la sociedad Ecuatoriana.

Que, la Constitución de la República del Ecuador señala que se reconoce los derechos al acceso gratuito y la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, pues nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

Que, la seguridad jurídica implica el respeto a la constitución y a las leyes claras establecidas con anterioridad entre los que se hallan las que se refieren al derecho público.

Que, la Constitución al referirse a los derechos de libertad a previsto el derecho de petición y respuesta obligatoria por lo que todas las leyes tienen que aplicarse en base a este principio.

Que, El Código Orgánico Integral Penal en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con

estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

Que, La Constitución De La Republica Del Ecuador en su artículo 120 da atribuciones y deberes a la Asamblea Nacional es así que en el numeral seis norma que la Asamblea “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Y en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución De La Republica expide lo siguiente.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional del Ecuador, y en ejercicio de sus facultades constitucionales que le confiere el Numeral 6 del Art. 120 expide la siguiente. **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:** en su título III de la Reparación Integral, Capítulo VII de los Delitos Contra La Responsabilidad Ciudadana, en la Sección III de los Delitos Contra La Eficiencia De La Administración Publica, en su artículo 278 el Peculado;

Art. 278.- **Peculado.-** (Reformado por la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima, num. 1 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014; y, por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 598-3S, 30-IX-2015).-Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados,

efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si los servidores públicos descritos en el primer y segundo inciso, cometen cualquiera de estos delitos tendrán que establecer una reparación integral de los daños ocasionados al estado del monto sustraído

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 retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

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

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

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

Artículo final._ La presente reforma entrará en vigencia, luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Certifico:_ Que el presente Proyecto de Ley, fue analizado y aprobado, en las sesiones de la Comisión Especializada Permanente de lo Penal el día 17 de Abril del 2017 a las 10H00.

.....

Gabriela Rivadeneira.

Presidente(a) de la Asamblea Nacional.

.....

Livia Rivas

Secretario(a) General.

10. BIBLIOGRAFIA.

- CARRARA, Francisco; Programa de Derechos Criminal, Volumen III.- Tercera Edición.- Edit. Temis, Bogotá, 1974, pagina 9 y 10 adores romanos
- MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal, tomo III, Editorial Temis, Bogotá 1955, págs., 160 y 161.
- SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 57.
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA S. 27 de agosto de 1936, R.I. No. 14, pág. 297
- MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 18
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.
- En este mismo sentido: PEREZ. Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D. E. 1968. pág. 181.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 68-69
- Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>
- Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010
- Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1966. pág. 18.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. pág. 182
- MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 158
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 17
- GROIZARD, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- Real Academia Española (2014). «discriminación». Diccionario de la lengua española (23.^a edición). Madrid: Espasa.

- Real Academia Española (2014). «discriminación». Diccionario de la lengua española (23.ª edición). Madrid: Espasa.
- PEREZ, Efraín: Derecho Administrativo Tomo II. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009. p. 658.
- GRANJA GALINDO, Nicolás: Fundamentos de Derecho Administrativo Quinta Edición. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 2006. p. 121.
- JEZE, Gastón: Técnica Jurídica, Servicio, Función Pública y sus Servidores. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México D. F. 2007. p. 140–141
- Carlos Creus, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial Astrea. Buenos Aires 1998, p. 248.
- Edgardo Dona, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Rubinzal-Culzone Editores, Buenos Aires, año 2000, p. 259.
- Vittorio Manes, Universidad de Trento, en BIEN JURÍDICO Y REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en RECPC 02-01 (2000).
- Carlos Creus, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial Astrea. Buenos Aires 1998, p. 248.
- Luis Cueva Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007.
- Luis Cueva Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007. pag 81.
- CANCINO Colombiano año de publicación 2011 página 103
- GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, Venezuela 2013 página 809)
- CABANELLAS DE TORRES edición 2000 pagino 299
- www.definicion.de
- ROJAS VARGAS edición 2003 página 281
- ROXIN edición 1998 página 89
- QUINTERO OLIVARES edición 2004 página 23
- MUÑOZ RUBIO en un análisis al Código Penal panameño de 1982
- CUEVA Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007, p. 81.
- Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005
- Ramiro Borja 2005
- Miguel Carbonell (2007)
- Carlos Fontán Balestra (1980)
- Abarca Galeas, 2003)

- GARCIA FALCONI, José. Artículo del lunes 26 de noviembre del 2012 de Diario el Comercio
- Constitución de la República del Ecuador
- Dr. José García Falconí. Docente, de la facultad de Jurisprudencia. Universidad Central del Ecuador. Lunes 26 de noviembre del 2012.

11. ANEXOS.

11.1. PROYECTO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA

“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Título de Abogado

AUTOR

Armando Gustavo carrera García.

LOJA – ECUADOR

2017

1. TEMA

“ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRÁIDO”

2. PROBLEMÁTICA

El fenómeno de la corrupción es un mal que ataca a las sociedades a nivel mundial desde los países denominados subdesarrollados hasta países que de alto desarrollo, y que en los últimos años se ha manifestado con casos mundiales o regionales que han llamado mucho la atención a la comunidad mundial por la envergadura de los perjuicios económicos como se evidenció en casos puntuales como FIFA o en Sudamérica ODEBRECHT.

El Ecuador lamentablemente no se ha encontrado alejado de casos de corrupción que han estremecido a la sociedad, conducta delictuosa que se ha incrementado notablemente en los últimos años sin que los casos de corrupción sean investigados libremente por parte de la Fiscalía dadas las últimas reformas al Código Orgánico Integral Penal, al requerir como requisito jurisprudencial el informe previo de Contraloría.

El problema es evidente y en la actualidad se encuentra en incremento, considero además que las causas son múltiples pues la falta de control es una de las principales ya que los organismos de control estatales no cumplen sus funciones a cabalidad lo que ocasiona en muchos de los casos impunidad.

A más de las falencias de organización o decisiones políticas o gubernamentales que ocasionan la libertad que tienen los funcionarios públicos para el cometimiento de este tipo de delitos, se debe observar que en el campo de lo normativo que es

a lo que referirá la presente investigación, las sanciones previstas no regulan una reparación al estado por el perjuicio económico que se le ha causado, pues considero que a más de la pena privativa de la libertad se debe aplicar de manera excepcional en esta infracción en particular una devolución de lo sustraído, a fin de que el perjudicado en este caso el estado y por consiguiente la sociedad en general no sufra de ningún deterioro en su patrimonio.

3. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica se encuentra dentro del Derecho Penal; y, se justifica por un sinnúmero de razones dada la importancia y trascendencia del mismo, además porque se refiere a un problema social que atañe a toda la sociedad en su conjunto, pues afecta al patrimonio del estado.

Se justifica en la misma forma en el ámbito jurídico porque pues resulta urgente la reforma al Código Orgánico Integral Penal, con el propósito de no dejar en la impunidad en creciente cometimiento de esta infracción en el Ecuador.

Se cumple con la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, para aprobar el ciclo, además para optar por el título de abogado.

Con relación a la factibilidad de la investigación debo manifestar que cuento con la disponibilidad para la ejecución del presente trabajo, existen las fuentes bibliográficas y documentales indispensables para el acopio de información, cabe mencionar y no dejar de lado el importantísimo asesoramiento de parte de nuestro Docente Coordinador. Por último cuento con los recursos económicos y técnicos suficientes para culminar con éxito ésta investigación jurídica.

En calidad de egresado de la carrera de Derecho y futuros Abogados, trataré de dar solución a esta problemática; en igual forma aspiro a que se constituya en un aporte significativo, tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho, así como para la sociedad en general.

Por todo lo expuesto, considero que se justificará plenamente la realización de la presente investigación socio- jurídica.

4. OBJETIVOS:

4.1. OBJETIVOS GENERAL:

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, sobre el tipo penal de peculado en el Ecuador, su tipicidad y sus sanciones.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Establecer el grado de incidencia del delito de peculado en la sociedad y el perjuicio económico y social que causa.
- Determinar las recomendaciones del caso a fin de que se logre controlar el grado de frecuencia de este delito en el Ecuador.
- Realizar una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal para establecer una nueva sanción económica en el delito de peculado.

5. HIPÓTESIS:

- La falta de tipicidad de nuevas sanciones en el delito de peculado previsto en el Art. 279 del Código Orgánico integral Penal, provoca que no exista una reparación correcta al estado en su patrimonio por el cometimiento de este tipo penal en particular.

6. MARCO TEORICO:

Para entrar al desarrollo del marco conceptual hay que tomar muy en consideración que esto nos servirá de ayuda para el desarrollo del presente trabajo, al analizar los diferentes conceptos para dar mayor realce al mismo.

6.1. LA FUNCIÓN PRIMORDIAL DEL PROCESO PENAL.

La aproximación al estudio de cualquier tema relativo al Derecho Procesal penal, como de alguno de sus elementos estructurales, debe hacerse despejando con carácter previo una cuestión importante: ¿cuál es la finalidad del proceso penal? Se podría, de forma precipitada, decir que se trata de un cuestionamiento académico desprovisto de cualquier sentido en el contexto de una investigación de esta naturaleza.

En nuestra opinión, muy al contrario, pues a partir del análisis de esta indagación, y delante del estudio del desarrollo de las varias fases traspasadas por la ciencia procesal penal en los últimos años, llegaremos a la conclusión de que contemporáneamente no se puede prescindir del enfoque garantista y del carácter instrumental que impregna el Derecho procesal penal.

Pues bien, volviendo al planteamiento respecto a la función del proceso penal, ***“es necesario para responder a esta pregunta partirse del hecho comprobado de que el proceso penal no puede considerarse como un fin en sí mismo, que***

tenga virtualidad propia, sino que en realidad es un mero instrumento de todo el sistema penal, es decir, de la respuesta que el ordenamiento jurídico produce a partir de la comisión de unos hechos con apariencia delictiva”⁷⁵.

A los fines de una comprensión integral del tema de la tensión de fuerzas, interesante plantear una vez más la pregunta: ¿cuál sería entonces la función efectiva del proceso penal? Dicho de otro modo, ¿buscar la eficiencia del ius puniendi estatal o mantener intactos los derechos y garantías de los investigados o imputados en un proceso penal?

La respuesta dependerá del punto de vista dogmático analizado. No es objeto de nuestro trabajo, agotar de modo integral toda la problemática relativa a las innúmeras ideas surgidas en el desarrollo de la historia del proceso penal, respecto a los fines de esta rama del Derecho. Nos cabe tan solo, analizar de modo conciso algunas ideas destacables sobre el tema.

A continuación, se expondrán algunas de las más importantes posturas existentes en la doctrina respecto a esta cuestión, desde una visión tradicional del proceso penal hasta el pensamiento contemporáneo que defiende esta rama jurídica como un instrumento al servicio de la preservación de las garantías fundamentales del ciudadano.

⁷⁵ MORENO CATENA, V., "El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito", VV.AA., Hacia Un nuevo proceso penal, Manuales De formación continuada, núm. 32, Madrid, 2006, pág. 57.

A partir de ahí, **“es algo normal y habitual, encontrar en la doctrina tradicional, la afirmación que el proceso penal debe ser visto como el instrumento que la jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del ius puniendi del Estado”⁷⁶.**

O una vez más citándose a SCHÖNKE, **“deberíamos ver el proceso penal como institución que tiene como finalidad asegurar el mantenimiento del Derecho a través de las garantías de una protección de las leyes y la defensa del orden jurídico”⁷⁷.**

“Tendría entonces el proceso penal la finalidad no sólo de imposición de la pena, sino también la ejecución de la misma”⁷⁸. En línea con esta doctrina tradicional, la finalidad del proceso sería únicamente propiciar la adecuada solución jurisdiccional del conflicto de interés entre el Estado y el infractor, a través de una secuencia de actos que han de comprender la formulación de la acusación, la producción de pruebas, el ejercicio de la defensa y el fin de la cuestión penal vía de una decisión judicial.

⁷⁶ A su vez, CUELLAR SERRANO afirma que "es una obviedad afirmar que el proceso constituye un instrumento de actuación de la Jurisdicción que se basa en una articulación compleja de actos procesales, regido por determinados principios y destinado a satisfacer unos fines que la Constitución y la ley le asignan", Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., "Investigación y prueba: los nuevos retos ante la reforma del proceso penal", VV.AA., Investigación Y prueba en el Proceso Penal, Madrid, 2006, pág. 18.

⁷⁷ Cfr. SCHÖNKE, A., "Límites de la prueba en el derecho procesal", cit., pág. 374.

⁷⁸ Vid. GOMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., Derecho Procesal Penal, 10ª edición, Madrid, 1984, pág. 8. En idéntico sentido, PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., GUTIERREZ DE CABIEDES Y FERNANDEZ DE HEREDIA, E., Derecho Procesal penal, 2ª edición, Madrid, 1978, pág. 89.

Sin embargo, la solución del citado conflicto de intereses, especialmente en el campo penal, se ejerce a través de la función jurisdiccional del Estado en lo que se denomina "proceso" y, en tratándose de una cuestión penal, de "proceso penal". **“Y el ius puniendi estatal en este contexto estaría representando el derecho del Estado de aplicar la sanción establecida en la norma penal, contra quien ha practicado la acción u omisión descrita en el precepto primario de la misma norma”**⁷⁹.

Con una posición dogmática peculiar e intermedia respecto a esta discusión, sostiene ARMENTA DEU que el fin fundamental del proceso penal es la actuación del ius puniendi estatal, ***“que obedece o proviene esencialmente de la atribución exclusiva al Estado de la facultad de imponer penas: el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento; y esa facultad o deber sólo pueden ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el ejercicio de esta facultad o deber, por definición, ha de quedarse sujeto al principio de legalidad o necesidad; en tanto, por otro lado, su carácter público lo convierte en no disponibilidad para su titular, el Estado. Junto a esta finalidad de actuación del ius puniendi, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes,***

⁷⁹ Jurídicamente suelen distinguirse dos manifestaciones del ius puniendi que, según la doctrina, tendrían, en cada caso, un fundamento autónomo: el derecho del Estado a establecer normas penales y el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de éstas. En este sentido, Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Derecho Penal Español. Parte general, Madrid, 1949, pág. 35; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal. Parte general, Madrid, 1978, págs. 95 y ss.

otros fines del proceso penal: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del delincuente⁸⁰.

En sentido distinto a estas ideas, destacado seguimiento de la doctrina contemporánea, con la cual estamos absolutamente de acuerdo, defiende que el proceso no puede ser visto como un simple instrumento al servicio del poder punitivo (derecho penal), sino que desempeña el papel de limitador del poder y garante del individuo a él sometido. En este sentido, se puede comprender que el respeto a las garantías fundamentales de las personas sometidas al proceso no a que confundirse con impunidad, y que jamás se ha defendido esto, pues el proceso penal es un camino necesario y casi obligatorio para llegarse, legítimamente, a la aplicación de una sanción.

Desde ahí porque solamente se admite su existencia cuando a lo largo de este camino sean rigurosamente observadas las reglas y garantías constitucionalmente aseguradas (***las reglas del debido proceso legal***)⁸¹.

⁸⁰ ARMENTA DEU, T., Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ª edición, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 26. Sigue una orientación semejante a este, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA al afirmar que 'las funciones del proceso penal se concretan en crear un marco en el que pueda realizarse en condiciones de justicia el ius puniendi, así como la protección de la víctima en tanto se atiende a la reparación civil de los efectos del delito'. Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tratado de Derecho Procesal Penal, cit., págs. 92-93.

⁸¹ LOPES JR, A., Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, cit., pág. 10. Corroborando lo dicho, en nuestra opinión, el proceso penal funciona en un Estado Constitucional de Derecho como un medio necesario e imprescindible de garantía de los derechos del imputado. No es un mero instrumento de concreción del Derecho Penal, sino, verdaderamente, un instrumento de satisfacción de derechos humanos fundamentales y, sobretudo, una garantía excepcional contra el arbitrio del Estado.

Siguiendo el mismo raciocinio, RODRÍGUEZ GARCÍA ***“revela que el proceso penal, para ser efectivo, tiene que satisfacer dos fines esenciales: la disuasión, en el que sólo la rapidez en alcanzar la condena del culpable asegura la seriedad de la sanción penal; y la persuasión, debiendo garantizar por un lado una condena justa de los acusados culpables y por otro liberando lo más rápidamente posible a los que sean inocentes de la acusación que se les haya formulado”***⁸².

Dicho en pocas palabras, ésta sería la representación de un proceso penal garantista. En línea con esta doctrina no parece arriesgado afirmar que el proceso penal no es solamente un medio o instrumento de realización del Derecho penal, pues antes debe recibir él mismo una conformación directamente basada en propósitos de política criminal. Como dijimos antes, la búsqueda de la eficiencia penal deberá añadirse al deber estatal de punir, la tradicional dimensión garantista del proceso.

Delante de lo afirmado con anterioridad, cabe comprender que el proceso penal sirve para garantizar la seguridad pública, como un valor digno de especial protección, pues funciona precisamente como el elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal que deben adoptar los poderes públicos.

⁸² Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado, Salamanca, 1997, pág. 134.

En síntesis, el proceso no sería un mero mecanismo de solución de conflictos. **“Ello es, antes de todo, un locus para la discusión y desarrollo de políticas públicas, con espacio para la participación de las personas más directamente interesadas en el tema llevado a discusión”⁸³.**

Frente a esta valoración, el proceso penal como instrumento para la concreción del Derecho penal material deberá seguir dos objetivos distintos: de un lado, posibilitar la viabilidad de la aplicación de la sanción por el Estado, y de otro, servir como verdadero instrumento de garantía de los derechos y libertades individuales, contra los posibles y emblemáticos actos abusivos practicados por el titular del derecho de punir.

En consecuencia, fácil es percibir que la función instrumental del proceso penal objetiva a la realización de la justicia que presupone la descubierta de la verdad material y el restablecimiento de la paz jurídica, incidiendo ésta tanto en el plan individual, del argüido y de la víctima, como en el plan más amplio de la comunidad jurídica. Pero, la realización de la justicia no puede ser un fin absoluto o único del proceso penal, siendo que la propia verdad material sólo puede ser buscada, en palabras de FIGUEIREDO DIAS, **“de modo procesalmente válido y admisible y, por lo tanto, con el integral respeto de los derechos fundamentales de las personas que en el proceso son sometidas”¹⁰⁹.**

⁸³ SILVA JUNIOR, W. N., Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal, cit., pág. 276.

De lo expuesto, el proceso penal debe servir como un límite de la actividad jurisdiccional estatal, estructurándose de modo a garantizar la plena y real efectividad a los derechos y garantías constitucionalmente establecidos”⁸⁴.

¿Y cómo materializarse este objetivo? La receta es mantener la sensibilidad para percibir las afectaciones a la dignidad humana, recordando que el proceso penal administra violencia, violencia estatal, y aplica dolor, dolor que trasciende la persona del acusado.

En efecto, citando palabras de ARAGONESES ALONSO, ***“incluso tiene el Estado el deber de proteger al propio delincuente, pues esto también es una forma de garantizar el libre desarrollo de la personalidad, que es la función de la justicia”⁸⁵.***

Es muy interesante dicha opinión, pues como es obvio, parece absolutamente equivocada la eventual defensa de que el titular del ius puniendi, no deba promover como meta institucional, la protección del ciudadano como forma de respeto a la dignidad humana.

En este orden de ideas, la función efectiva del proceso criminal, en esta línea del garantismo predominante en la doctrina procesal penal moderna, es la

⁸⁴ Cítese la presunción de inocencia, la defensa, de la contradicción, etc. A este respecto con más profundidad Vid. FALCONE, R. A., Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal, Buenos Aires, 2007.

⁸⁵ ARAGONESES ALONSO, P., Instituciones de Derecho Procesal Penal, 5ª edición, col. S. Aragonese Martínez, Madrid, 1984, págs. 7

preservación de la dignidad de la persona humana contra el ejercicio del legítimo derecho del Estado/sociedad perseguir la responsabilidad penal, sin descuidarse, por obvio, del papel que ello tiene de desempeñar cuanto al combate a la criminalidad.

No estaría el proceso penal a servicio de la institución de la impunidad, alejándose de la función constitucional de protección de los derechos colectivos a la seguridad y la aplicación justa de la ley penal.

En definitiva, lo que se busca contemporáneamente es un proceso penal operativo, respetuoso con la dignidad humana, es decir, garantista y eficaz al tiempo. De otra parte, el proceso penal no puede transformarse en una eficaz herramienta para conspirar contra las garantías de los ciudadanos, buscándose una resolución penal a cualquier precio.

“Muy al contrario, las garantías procesales fundamentales, tales como el derecho de no auto incriminarse y la no admisibilidad de las pruebas ilícitas, condicionan el descubrimiento de la verdad en el proceso penal, que no es, entonces, buscada a cualquier precio”⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. BALTAZAR JR, J. P., "Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental a segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal", cit., pág. 210.

Si bien puedan estos derechos permanecer restringidos de forma excepcional y basada en la proporcionalidad, como tendremos oportunidad de estudiar en capítulo posterior.

Siguiendo a esta línea de pensamiento, sostiene GIMENO SENDRA ***“que a diferencia de los regímenes autocráticos, en un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del ius puniendi, y ello, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente”***⁸⁷. Como defiende MARQUES DA SILVA: ***“que ningún responsable pase sin punición (impunitum non relinqui facinus) ni ningún inocente sea condenado (innocentum non condemnari)”***⁸⁸.

Si el proceso penal regula el derecho deber de sancionar del Estado en la perspectiva democrática, ello es un instrumento de tutela de los derechos fundamentales del ciudadano. ***“En esta visión, aunque el proceso sirva de instrumento para que el poder público, teniendo en vista mantener o restaurar la orden social, ejercite la persecución criminal con autoridad y***

⁸⁷ Vid. GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, cit., pág. 43. Del mismo modo, defiende LORENTZ BLANK que "no habrá más condiciones para tolerarse un proceso penal autoritario, fomentado por políticas represivas de ley y orden, típicas de un estado policial. Esta perspectiva utilitarista deberá ser repudiada, mismo porque el proceso, en hipótesis alguna, puede ser transformado en instrumento de seguridad pública". Vid. LORENTZ BLANK, G., "Instrumentalidade garantista do processo penal", Revistado Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005, pág. 4.

⁸⁸ MARQUES DA SILVA, G., Curso de proceso penal, vol. 1, Lisboa, 2000, pág. 24.

legitimidad, por otro lado, ello tiene como misión establecer los límites del uso de la fuerza estatal en la búsqueda de la punición del agente infractor”⁸⁹.

6.2. PECULADO:

El término peculado es en el campo del Derecho, la malversación de caudales públicos, un delito consistente en la apropiación indebida del dinero perteneciente al Estado por parte de las personas que se encargan de su control y custodia. ***“El término peculado se emplea en el ámbito del derecho para nombrar al delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción”⁹⁰.***

La persona que incurre en esta falta **defrauda la confianza del Estado**, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de **dinero**, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.

Es así que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española peculado es ***“Del lat. Peculātus, En el antiguo derecho y hoy en algunos***

⁸⁹ SILVA JUNIOR, W. N., Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal, cit., pág. 267.

⁹⁰ SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008

países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración”⁹¹.

Lo que diferencia al peculado de otro tipo de robos o estafas, en definitiva, es que el delincuente es alguien que ejerce funciones públicas y que se apropia de recursos estatales que debía custodiar y gestionar, abusando de su posición. Esta particularidad, por supuesto, agrava la condición de implicado.

6.3. ABUSAR DE LA CONFIANZA DEL ESTADO:

Acción y efecto de abusar; de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, más allá de lo lícito. El abuso tuvo, en lo que respecta a las cosas, una legitimidad en el Derecho Romano cuando definía el dominio como el derecho no solo de usar y de disfrutar de una cosa, sino también de abusar de ella. Esta legitimidad del abuso ha subsistido en materia civil hasta nuestros días. Pero, frente a esa excesiva facultad, se abren camino las teorías y las legislaciones que atribuyen a la propiedad una función social.

Abuso es la **acción y efecto de abusar**. “Este verbo supone usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien”⁹², según detalla el diccionario de la **Real Academia Española (RAE)**

⁹¹ DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

Es así que el Diccionario de términos Jurídicas establece que abuso es cuando, **“Se incurre en él, para la comisión de ciertos delitos afectantes del orden patrimonial, el agente se vale de las facilidades que le proporciona la persona perjudicada y que son debidas a la confianza que le dispensa. Esa circunstancia, calificativa del delito, puede darse en la estafa y en el hurto, como en el llamado hurto doméstico o familiar. También, en los delitos contra la honestidad”**⁹³.

“Es cuando se utiliza un derecho o facultad legalmente concedida pero en contra de los fines para el cual fue dado, o se opone a la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Quien abusa de un derecho deberá responder legalmente por los perjuicios que ocasione”⁹⁴.

El abuso no es otra cosa que, por la potestad que se entrega a una persona por parte del estado, y este sin ver sus consecuencias abusa usufructuando sus bienes, afectando dolosamente a dicha institución ya sea de forma económica, moral y social.

El abuso a las instituciones estatales, se lo reconoce como peculado, delito que establece penas muy elevadas para el infractor, así como también no establece la prescripción para este tipo de delitos.

⁹² Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto
<http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>

⁹³ Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010

⁹⁴ Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com

6.4. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESTADO:

Delito que consiste en disponer dolosamente de la cosa como propia, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica, con incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como **“Hacer algo propio de alguien, aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente, acomodar o aplicar con propiedad las circunstancias o moralidad de un suceso al caso de que se trata”**⁹⁵

Existen varios usos de esta noción. En el terreno del **derecho**, los bienes que resultan susceptibles de apropiación son aquellos cuya propiedad puede recaer de manera directa en su titular, quien puede disponer de él libremente dentro de lo estipulado por la ley. La apropiación, en este marco, marca el hecho de **quedarse con la propiedad de algo**.

Si alguien se arroga la **propiedad** de un bien ajeno para obtener un lucro, comete el delito de **apropiación indebida**. De acuerdo a cada legislación, es posible que la apropiación indebida sea considerada como una **estafa**, diferenciándose del **hurto** y del **robo** por el mecanismo que utiliza el delincuente para apropiarse del bien.

⁹⁵ DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

“Verbo activo transitivo. Se define como adueñar, adquirir, o apoderar de algo o hacer que sea de propiedad de alguien. Aplicar a cada cosa lo que es perteneciente y lo que es más beneficioso y adecuado”⁹⁶.

Podemos observa que apropiarse es establecer posesión de algo, sin que esto sea suyo y en forma dolosa, no reconoce derecho alguno sobre los bienes de terceros, y porque no al estar estudiando el tema que hemos planteado podemos llegar a la conclusión que el apoderarse o apropiarse de un bien públicos es un delito que merece su pronta investigación, por parte de las entidades del estado.

6.5. MARCO DOCTRINARIO

Dentro de la investigación se debe fundamentar el tema y la forma más práctica es estudiar los pensamientos de Juristas que conocen y han estudiado esta realidad, El pueblo ecuatoriano partir del 20 de octubre de 2008, a raíz de la vigente Constitución de la República vive en un Estado constitucional de derechos y justicia y, frente a este nuevo Estado, los operadores de la misma, entre ellos los fiscales, los jueces y los abogados en libre ejercicio deben cambiar de mentalidad, esto es tomar una nueva actitud; y así los funcionarios de la Fiscalía General del Estado tiene todo el derecho de inicia una investigación previa de parte o de oficio, así también deben ser dinámicos y su actividad deben realizarla en equipo, deben estar preparados científicamente y criminalísticamente para la investigación.

⁹⁶ <https://definiciona.com/apropiar>

Como bien lo señala el Dr. Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía **“Ciertamente es que toda innovación de cualquier área de conocimiento, trae aparejado consigo un riesgo que nos puede llevar al fracaso si todas las personas que nos encontramos inmersos en el nuevo sistema, no le damos la importancia y el apoyo necesario para que su aplicación sea correcta, ágil y fundamentalmente la sociedad se sienta satisfecha con el nuevo sistema”**⁹⁷; por lo que hay que recordar que hay diferencias sustanciales entre el sistema inquisitivo y acusatorio, pues el primero tiene por objeto el esclarecimiento de la verdad, mientras que el sistema acusatorio tiene por objeto la observancia de las garantías individuales.

Y se puede observar que la Fiscalía General del Estado tiene toda la potestad para poder realizar el inicio de cualquier investigación previa al procesamiento, pues al respecto el maestro Francesco Carnelutti señala que se llama jurisdicción instructoria, **“aquella especie de potestad jurisdiccional que se da al juez a fin de que pueda proveer los medios o sea las razones y las pruebas necesarias para la decisión”**⁹⁸. El tratadista Jorge Clariá Olmedo señala que **“se denomina instrucción a la primera y preparatoria etapa del proceso penal”**⁹⁹, cumplido por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante sobreseimiento.

⁹⁷ GEOVANNY Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía

⁹⁸ FRANCESCO Carnelutti

⁹⁹ JORGE Clariá Olmedo

José Antonio Martín y Martín al respecto señala ***“Puede conceptuarse a la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación y averiguación del mismo y al acopio del material para su prueba y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”***¹⁰⁰.

Julio Maier señala *“La introducción (procedimiento preparatorio preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros-elementos de prueba- que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal-acusación- o si se clausura la persecución penal-sobreseimiento”*.

Como podemos observar este tratadista reconoce el procedimiento preparatorio preliminar, cuyo tema consiste en realizar averiguaciones por parte de la fiscalía acerca de un hecho punitivo, sin diferencial el hecho que se establece como delito.

Pero así también hay que definir y no dejar de lado lo que el peculado y como lo establecen algunos de los tratadistas, es así que comenzamos con la doctrina española que lo denomina *“malversación de caudales públicos”* pues, aduce que

¹⁰⁰ JOSÉ Antonio Martín y Martín

el término cubre genéricamente las distintas modalidades que el delito comprende. Los autores italianos, a su vez, usan el vocablo "peculado", derivación del derecho romano que definió el delito como "pecuniae aut sacre fortum" y matizan una diferencia entre peculado y malversación, al designar por esta última la modalidad que recae sobre objetos que no son de pertenencia pública”¹⁰¹.

Opinamos que resulta mas adecuada la denominación de malversación, que al tenor de la tónica seguida en la doctrina española, se ajusta, etimológicamente, a las diversas formas que puede presentar el ilícito, que comprende tipos penales en los que no existe apropiación de los fondos públicos, sino uso indebido o aplicación a fines diversos de los previstos.

Ase también para Jimenez Huerta, En su libro La Tipicidad. Establece que ***“El legislador construye los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico de generalización, tomando algunas notas comunes a una serie de hechos reales, diferentes en muchas otras circunstancias. Este proceso lógico de generalización va precedido de un juicio de valoración de las conductas humanas en relación con las normas y fines del derecho”¹⁰²***

Este tratadista reconoce los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico asiendo así que el peculado sea un delito hacia el estado propiamente dicho reconociendo que al cometerse es potestad de la fiscalía el dar inicio a la investigación.

¹⁰¹ MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167

¹⁰² JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.

En este breve trabajo, se pretende solamente, dar a conocer las opiniones de algunos autores sobre el enriquecimiento ilícito es así que para Ernesto Sábato menciona que: **"Miles de hombres se desviven trabajando, cuando pueden, acumulando amarguras y desilusiones, logrando apenas sostenerse un día más en la precaria situación mientras casi no hay individuo que tras su paso por el poder no haya cambiado, en apenas meses un modesto departamentito por una lujosa mansión con entrada para fabulosos autos.¿cómo no les da vergüenza?..."**¹⁰³

A juicio de ABANTO VASQUEZ, si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario **"cedería ante otros delitos contra la administración pública es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento"**¹⁰⁴. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un "cohecho" o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del "enriquecimiento ilícito" sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de ne bis in idem, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, "una vez por delito de 'enriquecimiento ilícito', y otra por el delito principal contra la administración pública"

¹⁰³ Ernesto Sábato (La resistencia)

¹⁰⁴ Ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.

En sentido contrario se ha pronunciado GALVEZ VILLEGAS, quien afirma que ***“en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional”***¹⁰⁵. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuran a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido.

6.6. MARCO JURÍDICO.

El fundamento teórico de esta investigación, es principalmente la Constitución de la República del Ecuador, los convenios y Tratados Internacionales, el Código Orgánico Integral Penal, así como doctrina y jurisprudencia, de los cuales se extraerá las conceptualizaciones, derechos y principios, tipo penal, procedimiento, elementos probatorios y sanción.

¹⁰⁵ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.

6.7. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas y establece una normativa que da potestades para sancionar a quien incumpliera la norma, pero que sucediera si esta no está establecida, por lo expuesto se cree conveniente plantear una norma que sancione a los peritos que faltaran a la verdad en su informe, es así que el artículo. 66 establece que reconoce y garantizará a las personas: y de esta manera en su numeral 23. Determina que *“El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”*.¹⁰⁶

Ahora bien tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Carta Magna en su articulado expresa estas garantías básicas, teniendo una justicia gratuita y sin dejar en indefensión a ninguna de las partes, sin vulnerar sus derechos y garantías y porque no establecerlos para aquella persona que actúa como perito y estos expone un informe malversando la verdad de los hechos, pues es así que el artículo 75.- expresa textualmente lo siguiente *“...Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en*

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66

*ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley...*¹⁰⁷

Pues nuestra carta magna en el capítulo octavo de los Derechos de Protección, expresa como se lo vio anteriormente que todos tenemos derecho al acceso gratuito y a la justicia efectiva, haciendo que no se vulneren nuestros derechos constitucionales y dándole así una normativa para hacerlos acatar, pero que sucede si esta norma no existe, se estaría vulnerando dicho derecho, de que sirve tener el acceso gratuito a la justicia si no está tipificada la norma para ser sancionada, es por ello que he visto conveniente expresar textualmente el artículo 76 de la Constitución, pues establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas, y es así que en su literal **j)** reconoce textualmente lo siguiente *“Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”*.¹⁰⁸

6.8. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Con la puesta en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en agosto del 2014, se instauran procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento de

¹⁰⁷ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 75

¹⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 76

violencia intrafamiliar, (en el caso de contravenciones) y se regulan los procedimientos especiales para el caso de delitos, acordes con las disposiciones constitucionales, así tenemos:

Art. 11. Derechos de las víctimas:

“En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.
2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el establecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.
3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.
4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.
5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.
6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la

investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.

7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.
8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.
9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.
10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.
11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.
12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Art. 642, del Código Orgánico Integral Penal, en sus nueve numerales determina las reglas que deben seguir para el juzgamiento de estas contravenciones, mediante los procedimientos especiales y expeditos.

El Art. 643, del Código Orgánico Integral Penal, en sus 19 numerales, establece el procedimiento que debe seguirse para sancionar las infracciones contravencionales de violencia intrafamiliar, siendo el numeral 16, el fundamento

de esta investigación: “No se realizarán nuevos peritajes médicos si existen informes de centros de salud u hospitalarios donde se atendió a la víctima y sean aceptados por ella, o los realizados por las oficinas técnicas de los juzgados de violencia contra la mujer y la familia”.

Los Artículos 453, 455, y 457, del COIP, establecen los fundamentos que tiene el Juez o Jueza para relacionar y determinar la infracción con la persona procesada, y el artículo 465 numeral 1. ibídem, que en concordancia con esta normativa, establece reglas que deben seguirse a fin de precautelar los elementos probatorios:

En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que se acuda, deberán practicar, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes.

Así también en el Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal en su artículo 410 de la Ejercicio de la acción establece que: ***“El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de***

denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela”¹⁰⁹.

Y en la misma forma el artículo 411 de los Titularidad de la acción penal pública establece que **“La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:**

- 1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.**
- 2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas”¹¹⁰.**

Se reconoce que el ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, si la necesidad de la denuncia privada, esta ejercerá la acción penal publica cuando tenga los elementos de convicción. Es así que se le atribuye a esta institución la capacidad de seguir una acción por cualquier delito, pero que sucede cuando el mismo cuerpo legal establece trabas vulnerando los derechos y garantías, que tienen los fiscales para iniciar una investigación pre procesal.

¹⁰⁹ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 410

¹¹⁰ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 411

7. METODOLOGÍA.-

- 7.1. **METODO ANALÍTICO, RACIONAL O LÓGICO:** “Es aquel que descompone mentalmente un concepto, un juicio, un raciocinio en sus elementos o partes. Este tipo de análisis se da en todo pensamiento especialmente en el metódico”.
- 7.2. **MÉTODO DEDUCTIVO:** “Es aquel que parte de verdades previamente establecidas como principio general para luego aplicarlo a casos individuales y comprobar así su validez.”
- 7.3. **MÉTODO EXÉGETICO:** “Consiste en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró, tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o de la administración de las entidades y el Estado”
- 7.4. **TECNICAS DE LA OBSERVACIÓN:** Observación estructurada: “se realiza con la ayuda de elementos técnicos apropiados, tales como: fichas, cuadros, tablas, etc, por lo cual se los la denomina observación sistemática”.

8. **CRONOGRAMA DE TRABAJO:**

CRONOGRAMA DE TRABAJO, AÑO 2017.-

| PLAN DE ACTIVIDADES | Noviembre | Diciembre | Enero | Febrero | Marzo | Abril |
|--------------------------|-----------|-----------|-----------------|---------|-------|-------|
| PRESENTACIÓN DEL TEMA | X X X X | | | | | |
| APROBACIÓN DEL TEMA | | X X X X | | | | |
| ELABORACIÓN DE LA TESIS | | | X X X X X X X X | | | |
| PRESENTACIÓN DE LA TESIS | | | | | X X | |
| APROBACIÓN DE LA TESIS | | | | | | X |
| GRADUACIÓN | | | | | | X |

9. **PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:**

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS
RECURSOS HUMANOS

-Alumno

-Tutor

-Apoyo de maestros y profesionales en Derecho, administradores de justicia.

RECURSOS TÉCNICOS

- Internet de banda ancha
- Video conferencias

RECURSOS MATERIALES

- Un computador
- CD magnéticos
- Papel para impresora
- Materiales de oficina
- Enciclopedias
- Leyes
- Libros

RECURSOS FINANCIEROS (PRESUPUESTO)

- | | |
|---|---------|
| • Costo aproximado del Trabajo de Investigación | \$1.000 |
| • Costo aproximado de bibliografía | \$ 500 |
| • Movilización para recolectar información | \$ 200 |
| • Materiales, impresión, anillado y empastado | \$ 200 |
| • Imprevistos | \$ 500 |

El presupuesto aproximado asciende a la suma de \$2.400 USD, (dos mil cuatrocientos dólares americanos), que serán asumidos en su totalidad por la autora del proyecto de tesis.

10.- BIBLIOGRAFIA.-

- REGISTRO Oficial No.449, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre del 2008, Quito-Ecuador.
- REGISTRO Oficial No.180, Código Orgánico Integral Penal, 10 DE FEBRERO DEL 2014, Quito-Ecuador.
- Pérez Viejo, Jesús M.; Montalvo Hernández, Ana (2010). «Violencia de género: análisis y aproximación a sus causas y consecuencias». *Violencia de género: prevención, deyección y atención*. Editorial Grupo. p. 322.
- Paola Silva F. – Psicóloga- Santiago de Chile, **La Violencia Intrafamiliar**
- DICCIONARIO jurídico de definiciones, Definición de maltrato - Qué es, Significado y Concepto
- SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Desalma, Bs.As. 1981, Pág. 219.
- FRANCESCO Carnelutti, La Prueba Civil (1915) pág. 26
- VÍCTOR Manuel Moreno Catena, La Protección De Los Peritos y Testigos en el Proceso Penal Español 1999 pág. 60
- DR. ERNESTO ALBÁN GÓMEZ MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO, 2012, página 69
- LIC. SUSANA ARAZI ROLAND Derecho Procesal Civil y Comercial Segunda

11.2. FORMATO DE ENCUESTAS

Estimado estudiante o profesional del derecho, como estudiante de la carrera de derecho de la Universidad Nacional de Loja, previo a la obtención del grado de Licenciado en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador en mi trabajo de tesis intitulada “**ESTABLECER COMO SANCIÓN PECUNIARIA PARA EL DELITO DE PECULADO, LA REPARACIÓN INTEGRAL AL ESTADO DEL MONTO SUSTRAÍDO**” por medio del presente me dirijo a usted para solicitarle su valioso aporte del mismo que me servirá de gran aporte académica, para cumplir con los objetivos de mi trabajo.

Lea detenidamente la pregunta y sírvase contestar de manera objetiva las mismas

1. ¿Conoce usted si en la legislación penal ecuatoriana establece la reparación de los daños ocasionados para el delito de peculado?

Si () No ()

Porqué.....

.....

.....

2. ¿Según su criterio, está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los intereses y bienes estatales, estableciendo el principio de igualdad y proporcionalidad en los delitos de peculado?

Si () No ()

Porqué.....

.....

.....

3. ¿Cree usted que se debería reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer en un cien por ciento los daños ocasionados al estado, en el delito de peculado para no vulnerar los derechos de los ciudadanos?

Si () No ()

Porqué.....

.....

.....

4. ¿Considera usted que el servidor público que haya cometido el delito de peculado debe repara en un cien por ciento los daños ocasionados?

Si () No ()

Porqué.....

.....

.....

5. ¿Considera necesario sancionar al infractor que cometiera el delito de peculado estableciendo la reparación de los daños ocasionados del estado?

Si () No ()

Porqué.....

.....

.....

11.3. FORMATO DE ENTREVISTA

FORMULARIO DE ENTREVISTA

1. ¿Conoce usted si en la legislación penal ecuatoriana establece la reparación de los daños ocasionados para el delito de peculado?

.....
.....
.....

2. ¿Según su criterio, está de acuerdo con una legislación en materia penal que proteja los intereses y bienes estatales, estableciendo el principio de igualdad y proporcionalidad en los delitos de peculado?

.....
.....
.....

3. ¿Cree usted que se debería reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de establecer en un cien por ciento los daños ocasionados al estado, en el delito de peculado para no vulnerar los derechos de los ciudadanos?

.....
.....
.....

4. ¿Considera usted que el servidor público que haya cometido el delito de peculado debe reparar en un cien por ciento los daños ocasionados?

.....
.....
.....

5. ¿Considera necesario sancionar al infractor que cometiera el delito de peculado estableciendo la reparación de los daños ocasionados del estado?

.....
.....
.....

NOMBRE DEL ENTREVISTADO:

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------|-----|
| PORTADA..... | i |
| CERTIFICACIÓN | ii |
| AUTORÍA | iii |
| CARTA DE AUTORIZACIÓN | iv |
| DEDICATORIA..... | v |
| AGRADECIMIENTO..... | vi |
| 1. TÍTULO..... | 1 |
| 2. RESUMEN | 2 |
| 2.1. Abstract..... | 5 |
| 3. INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| 4. REVISIÓN DE LITERATURA | 14 |
| 5. MATERIALES Y MÉTODOS | 83 |
| 6. RESULTADOS | 88 |
| 7. DISCUSIÓN | 102 |
| 8. CONCLUSIONES..... | 107 |
| 9. RECOMENDACIONES | 108 |
| 9.1. Propuesta de Reforma | 109 |
| 10. BIBLIOGRAFÍA | 114 |
| 11. ANEXOS | 117 |
| ÍNDICE | 159 |